

SOCIEDADES COMERCIALES EXTRANJERAS EN LA ARGENTINA Con referencia a la Inspección General de Justicia, Comisión Nacional de Valores, Banco Central y Superintendencia de Seguros(*)

ALFREDO LABARONNIE, MARÍA DE LAS MERCEDES ESNAOLA y CECILIA INÉS SCARPIELLO

SUMARIO

I. Introducción: a) Nacionalidad de las sociedades. b) Criterios de atribución. II. Acto constitutivo. III. Participación societaria. IV. Inspección General de Justicia. V. Normas del Banco Central sobre entidades extranjeras.

VI. Comisión Nacional de Valores. VII. Superintendencia de Seguros.

I. INTRODUCCIÓN

a) Nacionalidad de las sociedades

El análisis de este tema consiste en dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿En qué casos y bajo qué condiciones, los órdenes jurídicos nacionales reconocen la existencia como tales de sociedades constituidas en el extranjero? Para dar respuesta a este interrogante debemos en primer término aclarar algunos elementos que serán de utilidad para la dilucidación general del tema y que en gran medida están conectados con la problemática referida a la nacionalidad de las sociedades. Este tema fue arduamente discutido por juristas de todas las latitudes, a los efectos de resolver situaciones de índole absolutamente técnica.

Dos razones se manejaron oportunamente para extender a las personas jurídicas el estado de "nacionalidad". Uno de ellos consistía en la exageración antropomórfica de la persona jurídica, de la cual se predicaban las cualidades humanas de nacimiento, nombre, patrimonio, domicilio, nacionalidad, voluntad y muerte. El segundo criterio se encontraba vinculado con la siguiente premisa: "Todo Estado tiene derecho a otorgar protección diplomática a sus nacionales", regla incuestionada del derecho internacional público. La afirmación según la cual las sociedades poseían nacionalidad, era la condición para su protección diplomática. Este último también se relacionaba con ideas referidas a la defensa de la economía y seguridad de los Estados.

b) Criterios de atribución

Estas razones que se acaban de exponer y que reflejan las motivaciones que primaron en su momento, comenzaron a tomar cuerpo y a asentarse concretamente en las legislaciones, tanto de orden nacional como internacional, a través de diferentes pautas, configurando los llamados criterios de atribución de la nacionalidad de las sociedades que se comentan a continuación:

1. Criterio de la autonomía de la voluntad

Sería el que deciden sus fundadores. Esta fue una línea de pensamiento muy difundida en Europa durante el siglo pasado, aún vigente, según la cuál aquellos contratos que presentan características o elementos de internacionalidad se rigen por la ley nacional que las partes elijan para dicho fin. Este principio es a veces expuesto con algunas limitaciones, por ejemplo: que tal elección no vulnere el orden jurídico, o bien que el orden jurídico elegido guarde alguna conexión con la relación jurídica a la cual se quiere aplicar. De este principio en materia de sociedades, no se conoce aplicación alguna, salvo el Código de Bustamante al que se refiere el doctor Le Pera en su libro Cuestiones de derecho comercial moderno; el art. 18 de este Código declara que: "las sociedades civiles y mercantiles e industriales que no sean anónimas, tendrán la nacionalidad que establezcan en el contrato social y, en su caso, la del lugar donde radicare habitualmente su gerencia o dirección principal". El art. 19

establece que en materia de sociedades anónimas, la nacionalidad se determinará "por el contrato social" y, en su caso, por la ley del lugar en que se reúna normalmente la junta general de accionistas y, en su defecto, por la del lugar en que se radique su principal junta o consejo directivo o administrativo.

De éstas disposiciones expuestas, puede llegar a entenderse que en el contrato social sus fundadores pueden convenir una determinada "nacionalidad".

2. Criterio de la constitución o "incorporation" (término de origen inglés que describe la formación de una sociedad)

La aplicación de este criterio es sumamente antiguo, tanto en el Reino Unido como en los Estados Unidos, pudiendo citar de este último país un fallo de la Corte Suprema de 1839, donde se establecía: "la existencia legal, el hogar, la casa, el domicilio, el hábitat, la residencia, la ciudadanía de una sociedad, sólo puede estar en el Estado en donde fue creada, aunque tenga alguna sede en algún otro Estado cuya legislación se la permita". La aplicación de este criterio por los países mencionados puede parecer un tanto contradictoria, a poco que nos enteremos que en materia de ley personal siguen el criterio del domicilio, pero los autores ingleses consideran que no existe tal contradicción en su sistema porque el "lugar de constitución" es a las personas jurídicas lo que el domicilio de origen a las personas físicas.

3. Criterio de la "siège" o sede social

De acuerdo con este criterio la nacionalidad de la sociedad quedaba fijada, no en función del lugar de constitución, sino en función de la siège o de la sede social. Ya desde principios del siglo pasado la jurisdicción francesa viene asociando la idea de la nacionalidad de las sociedades con un elemento distinto del lugar de constitución. En un primer momento el elemento relevante fue el centro principal de explotación, pero fue a partir de un fallo del año 1890, en que la jurisprudencia francesa pasó a considerar elementos un tanto más difusos: el lugar de reunión de la asamblea, el del funcionamiento del directorio, o aquel donde estuviesen instaladas las oficinas administrativas, la localización del cerebro de la sociedad, es decir, el país donde se tomaban las decisiones para la vida societaria. Toda esta gama de datos, o alguno de ellos, eran los que constituían la siège de la sociedad, de la cual se hacía depender su nacionalidad. Como puede observarse, las fórmulas expuestas son de una vaguedad tal, que cínicamente ha llegado a declararse que, en cada caso, una sociedad tendría la nacionalidad que por motivos totalmente independientes deseara atribuirse.

Como tentativa de corrección se comienza a exigir doctrinariamente que la siège sea real, que no basta la mera declaración contenida en documentos sociales y que sea seria, es decir, no fraudulenta. Pero todo esto en los hechos no ha traído mayores soluciones, a raíz de la vaguedad e imprecisión expuestas en torno a la variedad de elementos a tomar en consideración. En el año 1941, hubo un fallo jurisprudencial que para muchos pareció ser la fórmula que solucionaba la crítica expuesta. Este fallo dictado en Francia decidió que si los órganos de la sociedad y los otros datos relevantes para la determinación de la siège no estaban concentrados en una única jurisdicción, sino dispersos en varios países, la siège se localizaba en el lugar donde se ejercen la dirección superior y el control de la sociedad. Esto que pareció ser un gran hallazgo, al cabo de unos años se llega a la conclusión de que con este criterio, todas las subsidiarias extranjeras operantes en Francia, cuyas decisiones se adoptaban seguramente fuera de dicho país, dejaban de ser sociedades francesas, para adquirir la nacionalidad de la controlante, lo cual resultaba ser totalmente opuesto a lo que constituyó el motivo inicial de declarar francesas a las sociedades constituidas fuera de Francia para operar en ella. Ejemplo de ello es el caso Fruehauf - France, subsidiaria francesa de un grupo estadounidense, en el que la jurisprudencia se vio precisada a

distinguir entre el cerebro de la sociedad, su localización y la *siège* de ella, para lo cuál se volvió a utilizar los criterios vagos a los que hacíamos alusión al principio.

4. Criterio del control

Este criterio atributivo de nacionalidad toma en consideración fundamentalmente los siguientes elementos, a saber: de quiénes son los capitales aportados, es decir, quiénes son los directores o sus accionistas. Este criterio nace en la legislación de tiempo de guerra, precisamente en el año 1916, cuando la Cámara de los Lores en el caso "Continental Tyre Co. v. Daimler", resolvió que una sociedad debía considerarse enemiga si estaba bajo la influencia dominante de una persona física o jurídica que a su vez debía ser calificada como enemiga. Si bien este fue un criterio, como dijimos, utilizado en legislaciones especiales de tiempo de guerra, con posterioridad a la segunda guerra mundial siguió en vigencia para otros propósitos específicos, tales como el otorgamiento de concesiones de servicios públicos, orientación del crédito, etcétera. Para estos fines específicos, ya se había difundido en Francia donde se exigía la nacionalidad francesa en algunos funcionarios de sociedades que desarrollaban alguna actividad de las mencionadas.

Una vez expuestos los principales criterios atributivos de nacionalidad a las sociedades, analizaremos cuáles son las consecuencias de la atribución de dicho estado, en primer término el reconocimiento de una sociedad extranjera, pasando luego al tema de la ley aplicable.

De acuerdo con el criterio de la incorporation, una sociedad existe cuando ha sido constituida según las formalidades y requisitos del lugar de su constitución. Conforme al criterio de la *siège*, la existencia de una sociedad dependerá o será juzgada de acuerdo con el país en donde ella se encuentre. Estos dos criterios que a primera vista parecen irreconciliables, se tuvieron presentes en los trabajos preparatorios de la Convención de La Haya de 1956, sobre reconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad, asociación o fundación. El principio básico que aquí se adopta consiste en que la personalidad jurídica de una sociedad, asociación o fundación es reconocida de pleno derecho, siempre que se hayan cumplido con las formalidades y publicaciones del país del lugar de constitución y, además, que se encuentre en ese país la *siège* estatutaria (no real).

No obstante encontrarse reunidas estas condiciones, un Estado puede rehusar el reconocimiento si su legislación otorga relevancia a la *siège* real y la sociedad tiene su *siège* real en dicho Estado, o en un tercer Estado que también otorga relevancia a la *siège* real. En esta Convención se advierte que el criterio de la *siège* sólo se utiliza como criterio correctivo adicional al del lugar de constitución. Esta construcción que acabamos de mencionar también fue utilizada por la Convención Europea de Estrasburgo de 1966 sobre el régimen de las personas morales. También la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso "Barcelona Traction", presentó el principio de la *siège* diciendo que algunos Estados exigían para la atribución de nacionalidad algunos criterios adicionales a más de su lugar de constitución. La Convención Europea de Bruselas, sobre "Reconocimiento de sociedades" de 1968, dispone que el reconocimiento de aquellas sociedades civiles o comerciales y empresas del Estado con fines económicos, constituidas en el territorio de algunos de los Estados contratantes, siempre que su *siège* estatutaria se encuentre en el territorio de ese o algún país contratante. Pero ocurre que un Estado puede rehusar su reconocimiento si no existe un vínculo serio entre dicha sociedad, asociación o empresa y la economía del Estado donde se constituyó aquel en el que tiene su *siège* estatutaria, Además según lo que reza la presente Convención, todo Estado puede aplicar a una sociedad así reconocida, que tenga su *siège* real en su territorio, aquellas disposiciones de su ley nacional que considere imperativas. Esta Convención también se refiere al tema de la capacidad y sobre el particular dispone directamente que la misma se determina por la ley del lugar de constitución.

El Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 adoptó el criterio del domicilio social, pero no califica tal concepto.

El Tratado de Montevideo de Derecho Comercial de 1940 adopta el mismo criterio y lo califica diciendo que el mismo sería el lugar donde la sociedad tiene el asiento principal de los negocios, sin clarificar en torno a si se está refiriendo a la sede económica contable o a la sede principal de la administración.

II. ACTO CONSTITUTIVO

El derecho internacional privado societario, como lo señala la doctora Alicia Perugini de Paz y Geuse, es complejo y variado, pero puede reducirse a dos interrogantes básicos, que los debemos tener muy presentes: cuál va a ser el derecho que nos va a indicar si una agrupación de personas ha configurado un contrato de sociedad y cuál se va a aplicar a los diferentes aspectos de su validez, tanto formal como en razón de su capacidad, validez intrínseca, relaciones entre los socios, entre éstos y la sociedad y entre éstos y los terceros. El otro interrogante se referiría al problema del derecho indicativo de la personalidad jurídica o capacidad de derecho y de obrar de una agrupación de personas y de bienes, esté o no asentada en un contrato social.

Con respecto al primer punto planteado, como lo señaló la citada autora, por respeto al derecho extranjero deberíamos aplicar el derecho del país extranjero con el cual el caso tenga más contacto, por ejemplo, si se estudia la forma, se aplicará el derecho del lugar de celebración por estar más en contacto con el problema.

Con relación al segundo interrogante, el doctor Goldschmidt nos enseña que el concepto de personalidad jurídica como sujeto de derechos y obligaciones es equivalente en todo el derecho positivo, considerándose como un principio apriorístico. Ahora bien, una agrupación de personas y de bienes que resulta en virtud de la ley extranjera aplicable a una persona jurídica, ¿la reconocemos en la Argentina?

El legislador, dice el doctor Goldschmidt, tiene al respecto varias alternativas: a) puede ocurrir que se niegue a secas (sería un supuesto de inhospitalidad absoluta); b) que las admita con entusiasmo (hospitalidad absoluta); c) que las reconozca pero sólo para determinado tipo de asuntos (hospitalidad limitada); d) que las reconozca siempre y cuando realice determinados actos: inscripción en un registro nacional para que sea admitida (hospitalidad condicionada). El legislador argentino ha adoptado el principio de hospitalidad limitada, tal como se demostrará en el presente trabajo.

a) La legislación positiva

Al analizar el tema de la constitución de una sociedad extranjera en la República, primero y fundamentalmente hay que tener en cuenta el principio sentado por el art. 118, primer párrafo de la Ley de Sociedades: "La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución." Sólo cabría desplazarlo cuando este derecho sea intolerable por las ideas de justicia que inspiran a nuestro derecho societario. El legislador ha recurrido a la *lex causae*. Por lugar de constitución se debe entender el país donde la persona jurídica ha cumplido con las formalidades que la legislación vigente le exige. La prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero corresponde a los interesados, de acuerdo con el art. 13 del Código Civil. Pero si el acto constitutivo consta en instrumento público, debe presumirse que se ha cumplido con los requisitos exigidos por las leyes extranjeras y bastará su autenticación legalización y traducción, en su caso.

Los Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo establecen que el domicilio comercial determina la ley aplicable en cuanto a la forma del contrato de sociedad, requisitos, relaciones jurídicas entre los socios y entre éstos y la sociedad (arts. 4º, 1889; 6º y 7º. 1940). Este último en su art. 3º establece que domicilio comercial es el lugar

donde la sociedad tiene el asiento principal de sus negocios. Como se observa, el punto de conexión utilizado es diferente; en los tratados: el domicilio comercial; en la Ley de Sociedades: lugar de constitución.

En el segundo párrafo del art. 118 se establece que la sociedad extranjera ". . . se halla habilitada para realizar actos aislados y estar en juicio". El reconocimiento de esta capacidad es incondicional, sus límites están impuestos por la categoría de actos que puede realizar que resultan del objeto social, regido por la *lex societatis*.

El doctor Boggiano nos da el siguiente ejemplo: "La presentación de una sociedad extranjera en un concurso o licitación pública puede ser calificada como acto aislado. Pero si la misma resultare adjudicataria, no se deriva de ello que en virtud de la adjudicación deba juzgársela incurso en el art. 118, parte tercera, de nuestra ley. Tal subsanación dependerá de la naturaleza de la licitación, pues tampoco parece razonable una interpretación extensiva de la citada norma, de modo que se aplique a actividades no significativas de cierto grado de permanencia y habitualidad."

Opinión contraria sostiene el doctor Eduardo M. Favier Dubois en su artículo de la Revista del Notariado, titulado "La actuación de sociedades «extranjeras» y la actividad notarial" (Nº 782, año 1982) .

La doctora Berta Kaller de Orchansky distingue la capacidad genérica o potencial (actuar en juicio, adquirir bienes) de la capacidad específica (actos que tienden a alcanzar el fin u objeto para el cual se ha constituido). El ejercicio de los actos que exteriorizan la capacidad genérica o potencial de una persona jurídica no requiere que esta se someta a la ley territorial del Estado donde pretenda actuar, bastará que su representante justifique que existe, que se ha constituido legalmente y lo prueba con los documentos correspondientes, para que sea reconocida y pueda actuar. La segunda parte del art. 118 se refiere a este tipo de capacidad.

Los Tratados de Montevideo también traen una norma referida a los actos aislados (arts. 5.º de 1889 y 8º de 1940), al establecer que las sociedades mercantiles serán reconocidas de pleno derecho en los otros Estados contratantes y se reputarán hábiles para ejercer actos de comercio y comparecer en juicio.

Pero si la sociedad que está constituida en el extranjero desea establecer representación permanente, sucursal o asiento en el país para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, deberá cumplir con las condiciones impuestas por el tercer párrafo del art. 118: "... 1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país. 2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyen en la República. 3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar a la persona a cuyo cargo ella estará. Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales." En este supuesto la sociedad estaría ejercitando su capacidad específica. Tanto en el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social, como en el de la instalación de una sucursal o representación, es obligatorio llevar en la República contabilidad separada y someter al contralor de la sociedad extranjera al derecho argentino, respecto de la representación argentina, puesto que no habría jurisdicción argentina para extender el control a la sociedad en su sede o centro de explotación en el extranjero. En caso que la sociedad constituida en el extranjero sea atípica en nuestro país, para establecer sucursal deberá cumplir con las formalidades que el juez de la inscripción determine en cada caso, debiendo fijarlas con un criterio de máximo rigor (art. 119). En este caso se sustituye la calificación de la *lex causae* por la *lex fori*.

La sociedad no tiene capacidad para ejercer en la República actos que no estén comprendidos en su objeto social, regido por la *lex societatis*. Si sus representantes obran *ultra vires* en el país, contraen las responsabilidades que para los administradores prevé el

art. 121. Como consecuencia, si el representante celebró negocios que no fueran notoriamente extraños al objeto social extranjero, la obliga en el país.

Lógicamente que esta responsabilidad será limitada a la representación argentina y sus bienes, pues si no quisiera ejecutar tal responsabilidad en el país de su constitución se requiere el reconocimiento de la decisión argentina.

Los Tratados de Montevideo traen normas referidas a los temas que venimos tratando, así en el art. 5° - 1889 - y en el 8° - 1940 - se establece que cuando las sociedades pretenden practicar de manera habitual actos comprendidos en el objeto de su institución deberán sujetarse a las prescripciones establecidas por las leyes del Estado en el cuál intentan realizarlas. Por los arts. 6° - 1889 - y 3°, segunda parte - 1940 -, se dice que se considera domiciliados en el lugar donde funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales, las sucursales, agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro. Finalmente, en la segunda parte del art. 8° del Tratado de 1940 se contempla el caso de la sociedad o corporación constituida en un Estado bajo una especie desconocida por las leyes del otro, y les reconoce facultad de ejercer en este último actos de comercio, sujetándose a las prescripciones locales.

El art. 123 de la Ley de Sociedades contempla el caso de que se quiera constituir sociedad en la República, entonces "... deberán previamente acreditar ante un juez de registro que se ha constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos o inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el Registro Público de Comercio y en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, en su caso". Como claramente lo expresa la Exposición de Motivos de la ley 19550, "constituir sociedad en la República no es acto aislado". Una sociedad constituida en el extranjero puede participar, vincularse, controlarse, fusionarse o escindirse.

Constituir sociedad significa constituir sociedad controlada o aún vinculada en los términos del art. 33 de la Ley de Sociedades.

La participación de una sociedad en otra está sujeta a las limitaciones del art. 30 (las SA y SCA sólo pueden formar parte de sociedad por acciones). La participación recíproca está prohibida, salvo el caso de una sociedad controlada que puede participar en la controlante o en sociedad controlada por esta, en un monto no superior a sus reservas (art. 32). El art. 123 establece la obligación de inscribir la documentación relativa a los representantes legales; aquí no se trata de la designación de un representante en el país a cargo de la sociedad extranjera, como ocurre en el art. 118, tercera parte, se trata de la documentación en que se funda la representación legal. De esta forma la sociedad extranjera autorizante asume los efectos del negocio, desligándose el representante de ellos. Por lo tanto, la inscripción de la documentación relativa a los representantes legales de las sociedades extranjeras, a los fines del art. 123, no implica que puedan ser emplazadas éstas en las personas de aquéllas, de acuerdo con el art. 122, inciso b.

Finalmente, queda por analizar el art. 124 por el cual "la sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento".

En lo referente al alcance de este artículo, debemos diferenciar a la sociedad que realmente se ha constituido en el extranjero, pero teniendo desde un comienzo su sede o centro de explotación aquí, actuando de esta manera en fraude a la ley societaria, pretendiendo evadir el derecho societario argentino, o bien someterse a un régimen fiscal más ventajoso. En este caso, y de acuerdo con las normas del derecho internacional privado, se aplicará como sanción la ley del lugar que se quiso evitar, de allí que se considerará a la sociedad como irregular.

En la primera situación, o sea que la sociedad extranjera cambie a la República su sede o centro de explotación, entonces deberá cumplir con los requisitos que establece la ley. No es necesaria su reconstrucción, sólo su adaptación a nuestra ley. Mientras no cumpla con las formalidades de constitución en el país, sólo se le reconoce a los efectos de estar en juicio y obrar actos aislados. Lógicamente que esta capacidad debe entenderse también a los fines de que la sociedad pueda realizar las formalidades exigidas por la ley argentina.

b) Ley de Inversiones Extranjeras

Por tener relación con el tema que estamos desarrollando, debemos analizar la ley 21382 de Inversiones Extranjeras. Pueden existir dos cuestiones, una de ellas la constitución de una sociedad local con capital extranjero, que sería el caso en donde los inversores extranjeros transfieren su inversión a la República con el objeto de constituir sociedad comercial bajo cualquiera de las formas societarias conocidas, explotar la actividad deseada para luego remesar las utilidades y bajo la previa inscripción del contrato social extranjero interviniente en la formación de la primera.

La empresa local de capital extranjero está definida en la misma ley, en el art. 2º, punto 3, como "Toda empresa domiciliada en el territorio de la República en la cuál las personas físicas o jurídicas domiciliadas fuera de él, sean propietarias directa o indirectamente con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios".

En algunos supuestos, que la ley enumera en el art. 4, las inversiones de capital extranjero requerirán aprobación previa del Poder Ejecutivo; ejemplo: cuando se efectúa en defensa o educación o superen los u\$s 10.000.000. Además, toda inversión que se realice de capital extranjero aprobado por el Poder Ejecutivo o por autoridad de aplicación debe registrarse ante el Registro de Inversiones Extranjeras, una vez acreditado su efectivo ingreso al país (art. 11, párrafo segundo).

III. PARTICIPACIÓN SOCIETARIA

Como ya quedó mencionado anteriormente, el art. 123 de la Ley de Sociedades regla la constitución de sociedad en la República, con una serie de requisitos que la sociedad extranjera debe justificar, o sea demostrar que existe como ente ideal, lo que logrará mediante la inscripción en el Registro Público de Comercio de la documentación que le es necesaria presentar, para satisfacer el recaudo de la publicidad.

¿Cuándo podemos hablar de participación? La doctrina exige para que haya participación que la misma se dé desde el acto constitutivo y con posterioridad a ese acto también, pues si la participación se diera sólo en el acto constitutivo, podría burlarse mediante una inclusión posterior, concretada a través de la transferencia de la parte social, y habiendo utilizado en el acto constitutivo a simples testaferrros; para evitar esta maniobra es que se habla de participación inicial y continua. En lo referente a las sociedades por acciones, la doctrina no es pacífica; por un lado encontramos a los que afirman que la mera compraventa de acciones por una sociedad extranjera no la hace incurrir en la hipótesis del art. 123.

Halperín considera que si la sociedad extranjera controla a la nacional (art. 33), o es elegida para integrar el directorio o el consejo de vigilancia, o participar en la asamblea, debe cumplir con el art. 123, postura también compartida por la jurisprudencia en general (Favier Dubois). Otros autores dijeron que sólo se daba si la extranjera tenía la posibilidad de conducir a la nacional (CNCom., Sala A, 13/2/80, "Hierro Patagónico de Sierra Grande SA").

¿Qué ocurre si una sociedad nacional desea inscribir en el Registro Público de Comercio un acto en el que aparece votando una sociedad extranjera no inscripta? Favier Dubois considera al respecto que el registrador no registrará cuando el acto de la sociedad nacional, restando las acciones de la partícipe extranjera no registrada, no alcance los presupuestos

exigidos por la ley para su validez; de lo contrario deberá registrar, a pesar del incumplimiento del art. 123, ya que sus facultades se refieren al control de legalidad del acto a inscribir, y no a otra cosa. Y si la que desea inscribir es una SA de sólo dos socios, siendo uno de ellos una sociedad extranjera no inscrita en los términos del art. 123, hay que tener en cuenta que si el concurso del otro basta para alcanzar los presupuestos de la decisión, no corresponde al registrador indagar en el funcionamiento social: su control de legalidad es relativo al acto a inscribir, cumplido en un momento determinado y, por ende, ajeno a las ulterioridades de la vida social (Favier Dubois).

¿Se aplica el art. 30 de la Ley de Sociedades a las extranjeras? El art. 30 de la Ley de Sociedades dice: "Las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedad por acciones." Para saber si verdaderamente se aplica o no esta incapacidad a las sociedades extranjeras, cabe ilustrarlo jurisprudencialmente: en agosto de 1980 en el caso "Laboratorios Miles de Argentina SRL s/aumento de capital, cesión de cuotas y modificación", la CNCom., Sala A, sentó una posición sobre el tema, que fue reafirmada y de manera más clara en el caso "Inval SRL" por la CNCom., Sala C, en setiembre de 1981, donde los jueces establecieron: a) que la incapacidad del art. 30 de la ley 19550 no alcanza a la SA o en comandita por acciones regidas por un derecho extranjero; b) la sociedad extranjera, regida por su ley nacional, no se rige en cuanto a su capacidad de tomar parte en una sociedad de responsabilidad limitada argentina por otro derecho que el del país de su constitución y no por la ley argentina; c) la ley 19550 no prohíbe a una sociedad de responsabilidad limitada regida por el derecho argentino ser participada por una sociedad anónima sujeta a la ley extranjera.

En la primera y segunda instancias se sostuvo que el desplazamiento de la administración de la sociedad constituida en el extranjero hacia la sociedad participada, en el caso la sociedad de responsabilidad limitada constituida en la Argentina, así como la sustracción del control de la administración y de la conducta de los administradores en detrimento de los derechos de los accionistas o de la sindicatura de la sociedad extranjera participante, son cuestiones que conciernen a dicha sociedad y a sus accionistas, resultan por ende ajenas al interés nacional y deben regirse por la ley del lugar de su constitución en orden a su capacidad para contratar o participar en otras sociedades, reglas éstas de derecho extranjero concernientes a la personalidad jurídica, que por vía de principio resultan aplicables en tanto no infrinjan nuestro orden público.

En cuanto a si una SRL regida por la ley societaria argentina puede ser participada por una AS regida por el derecho extranjero, en este fallo se dejó asentado que este tema indudablemente se rige por la ley de sociedades, pero como esta no prohíbe a una SRL regida por el derecho argentino ser participada por una AS sujeta a la ley extranjera, esta situación puede darse sin problema alguno, sin censuras o prohibiciones; distinto sería el caso de una sociedad anónima, regida por el derecho argentino que participe en intereses o cuotas de una sociedad regida por un derecho extranjero.

Aclarando un poco, la participación de una sociedad en otra, en cuanto concierne a sociedades partícipes regidas por distintos derechos nacionales, requerirá la capacidad para participar activa y pasivamente según las respectivas leyes personales, considerando que la capacidad para participar o ser participada se rige por el derecho personal respectivo.

Función de los notarios

(En este tema seguimos básicamente a lo escrito por el doctor Favier Dubois).

En cuanto al "ejercicio habitual", para cumplir con el art. 118 de la Ley de Sociedades el escribano deberá requerir:

1. Estatutos inscriptos debidamente (con certificación registral, notarial o consular).
2. Legalización de la documentación (por autoridad del país de origen, cónsul argentino que corresponda y Ministerio de Relaciones Exteriores).

3. Traducción de la documentación,
4. Domicilio: constará en el acta que decida la apertura de sucursal o representación, o bien podrá hacerlo el representante facultado en el escrito pidiendo la inscripción (deberá indicarse jurisdicción territorial, calle y número donde funcionará la sucursal o representación).
5. Acta certificada y legalizada de donde surja la decisión de crear la sucursal o representación, que se protocolizará e inscribirá conjuntamente.
6. Acta conjunta con la anterior o separada donde conste el capital asignado.
7. Publicación de edictos: se hará en el diario de publicaciones legales, constanding además de los datos básicos, el domicilio y representante a cargo de la sucursal o representación, y en su caso, el nombre de la sucursal y capital asignado.
8. Inscripción en el Registro Público de Comercio, con jurisdicción sobre el domicilio designado en el país.

En cuanto a "participación en sociedad", para cumplir con el art. 123 de la Ley de Sociedades el escribano deberá requerir:

1. Iguales recaudos a los mencionados en el punto 1, anterior, más la documentación relativa a sus representantes legales.
2. La inscripción debe hacerse en la jurisdicción donde se participa o participará la sociedad local.
3. No hay necesidad de publicación.

Otorgamiento de escritura por sociedad extranjera: el escribano primero deberá constatar si se trata del supuesto de sociedad con "ejercicio habitual" o con "participación en sociedad". Deberá requerir la documentación antes referida y con legalizaciones, traducciones, etc., pero si careciere de ella, deberá darle trámite como si se tratara de una sociedad irregular, y como éstas pueden otorgar actos notariales, porque no dejan de ser sujetos de derecho, les exigirá la documentación de los puntos 1. Si se tratare de una compraventa inmobiliaria, deberá solicitar la inscripción para comprobar la titularidad inmobiliaria, que se tramita en forma similar a la del art. 123.

Cuando se tratare de actos aislados, basta con que exija la documentación de los puntos 1. Si la sociedad fuera atípica, deberá abstenerse de autorizar el acto, para evitar ulteriores nulidades.

Escritura de sociedad nacional participa de por extranjera: Cuando una SA a través de su director, otorgara una escritura pública, sabemos que se le exige a esta: a) estatutos y reformas posteriores si las hubo; b) acta de asamblea en donde se elija el directorio, c) acta de directorio con distribución de cargos y aceptación de los mismos, y de acta especial de directorio de la que surjan las facultades necesarias para el otorgamiento del acto notarial específico que va a realizarse. Si del acta de la asamblea surge la participación de una sociedad extranjera, se exigirá su inscripción en los términos del art. 123. Si dicho recaudo no puede justificarse, el notario deberá hacer el cálculo para determinar si prescindiendo de los votos de la partícipe en infracción, igualmente se reúnen las mayorías legales.

Reciprocidad. Autorización del Poder Ejecutivo

La ley 8867 del año 1912 estableció que tanto la sociedad constituida en la República como la sociedad constituida en el extranjero "necesitaba" de la previa autorización del Poder Ejecutivo, encontrándose las mencionadas en segundo término en una situación de privilegio respecto de las nacionales, atento que aquéllas, siempre que el país de origen ofreciera reciprocidad, podían funcionar en la Nación sin necesidad de la referida autorización. Nos encontramos entonces con que, adoptado el sistema reglamentarista, el privilegio que otorgaba la ley 8867 a las sociedades constituidas en el extranjero cuyo país de origen ofreciera reciprocidad y que desearan establecer sucursal en la República, se convierte así en un recaudo más a cumplir por tales sociedades, recibiendo éstas un

tratamiento diferente del de las nacionales. Tratamiento desigual que procura ser evitado en la Ley de Sociedades cuando en su exposición de motivos dice: "... poner en un pie de paridad a las sociedades constituídas en el país y a las constituídas en el extranjero, tratando de no crear un tratamiento peyorativo, ni en un trato preferencial que contradiga en todo caso, el precepto constitucional de igualdad ante la ley".

Se cuestionó en su momento si la ley 8867 estaba o no derogada en su totalidad, ya que el art. 368 del decreto - ley 19550/72 no la mencionaba entre las derogaciones que hacía. Creemos con toda la doctrina que está derogada, anexando la disposición del art. 120 de la Ley de Sociedades, del cuál surge que las sociedades constituídas en el extranjero que pretendieren ejercer habitualmente los actos que hacen a su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación en la República, no necesitan autorización del Poder Ejecutivo para su instalación salvo lo establecido por el decreto - ley 18805/70, con aplicación exclusiva al ámbito de la Capital Federal y territorios nacionales. Pero, ¿se considera este decreto - ley como derogado? Recordemos que el mismo, de aplicación exclusiva la jurisdicción nacional, determina la necesaria autorización para el establecimiento de sucursales o agencias de sociedades extranjeras, cualquiera que fuera el tipo de sociedad, y además con facultades de fiscalización permanente en el funcionamiento y liquidación. La mayoría de la doctrina opina que si la ley de fondo no impone requisitos para la autorización, ni para el control del funcionamiento de las sucursales de las sociedades constituídas en el extranjero, ninguna ley local puede establecerlos, ni aún el mismo poder que dicta la ley de fondo, en función de legislatura local. Dichas atribuciones sobrepasan el poder de policía, violando lo dispuesto por el art. 108 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, subsiste autorización para casos especiales, como es el de las compañías extranjeras de seguros, las que no pueden establecer agentes en la República sin autorización del Poder Ejecutivo respectivo, según decreto 23350/39, ley 20091 y disposiciones concordantes, y para ciertos bancos según lo reglamenta el Banco Central, según lo comentaremos.

IV. INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

La Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia numero 22315 establece en su art. 8º: "La Inspección General de Justicia tiene las siguientes funciones, con respecto a las sociedades constituídas en el extranjero que hagan en el país ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursales, asiento o cualquier otra especie de representación permanente: a) controlar y conformar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 118 de la Ley de Sociedades Comerciales y determinar las formalidades a cumplir en el caso del art. 119 de la misma ley. 1) b) Fiscalizar permanentemente el funcionamiento, la disolución y la liquidación de las agencias y sucursales de sociedades constituídas en el extranjero y ejercer las facultades y funciones enunciadas en el art. 7º, incisos a, b, c, e y f de la presente ley" - referidos a conformar el contrato social constitutivo y sus reformas; controlar variaciones de capital, disolución y liquidación; controlar emisión de debentures -, fiscalizar permanentemente el funcionamiento, disolución y liquidación de los supuestos de los arts. 299 y 301 de la Ley de Sociedades, conformar y registrar los reglamentos previstos en la ley y solicitar del juez competente en materia comercial del domicilio de la sociedad las medidas previstas en el art. 303 de la Ley de Sociedades.

De nuestra investigación in situ en la propia Inspección General de Justicia, pudimos saber entre otros datos que nos proporcionaro:

1) Toda sociedad extranjera, asigne o no capital, deberá pagar un sellado para las sucursales, por ley 18524, art. 44. 2) Con respecto a las sociedades extranjeras previstas en el art. 123 de la Ley de Sociedades, cuando participen con otra sociedad como accionistas,

no pagan dicho impuesto. 3) Tanto las sociedades contempladas en el art. 118 como en el 123, si su capital supera los australes 5.000.000 necesitan la autorización del Ministerio de Economía o funcionario de dicho Ministerio con rango no inferior a subsecretario. 4) Cuando una sociedad compra o pasa a ser titular de acciones, que forman la voluntad social, queda incluida en las disposiciones del art. 33 y siguientes de la Ley de Sociedades, y cuando esta es extranjera se produce una desnacionalización de la sociedad, que deberá ser comunicada al organismo de contralor. Lo que se acaba de exponer es competencia del Ministerio de Economía, Departamento de Inversiones Extranjeras, previsto en la Ley de Inversiones Extranjeras.

En cuanto a la utilización de los formularios ante dicha Inspección, que desde el 11 de junio de 1987 se pusieron en marcha para el logro de un trámite de registración mucho más ágil, debido a los convenios de cooperación técnica y financiera y asistencia técnica para la Inspección General de Justicia, celebrados entre la Secretaría de Justicia de la Nación, Colegio de Escribanos, de Abogados y de Graduados en Ciencias Económicas, se dispuso en lo referente a sociedades extranjeras: formulario N° 1 (constitución y modificación de sociedades) para la inscripción de sucursales de sociedades extranjeras (art. 118, ley 19550) y para la inscripción de participación en sociedad local (art. 123, ley 19550); y el formulario N° 9 (trámites varios) para la registración de los poderes otorgados a representantes y apoderados.

V. NORMAS DEL BANCO CENTRAL SOBRE ENTIDADES EXTRANJERAS

La autorización para actuar como entidad financiera a empresas consideradas como locales de capital extranjero sólo se otorga a bancos comerciales o de inversión y queda condicionada a que demuestren poder favorecer las relaciones financieras y comerciales con el exterior. Dicha autorización está sujeta a la existencia de reciprocidad con los países de origen de los accionistas, a criterio del Banco Central. Para acreditar este último requisito debe acompañarse con la correspondiente solicitud de autorización, la documentación probatoria expedida por la autoridad gubernativa del país de origen, por la cuál asume el compromiso de admitir el establecimiento de entidades financieras argentinas en su territorio. Dicha documentación debe estar legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, acompañándose un ejemplar traducido al idioma nacional cuando así corresponda. A criterio del Banco Central, pueden eximirse a los peticionantes de esta exigencia cuando medien convenios o tratados con los respectivos países extranjeros. Con la pertinente solicitud de autorización debe acompañarse: copia legalizada, si no está en castellano, con su respectiva traducción - autenticada por traductor público - del estatuto, contrato, ley, decreto o carta orgánica que rija en el país de origen el funcionamiento de la entidad recurrente. Copia autenticada, con su traducción al idioma castellano, de las disposiciones establecidas en el Estado de que es originaria para la instalación de sucursales de entidades financieras fuera del país de origen, así como de sucursales de entidades de otros países dentro de aquél y copia debidamente legalizada del poder, carta poder o instrucciones dadas al representante designado en nuestro país para gestionar la autorización solicitada.

Una vez concedida la autorización, se debe hacer llegar al Banco Central, con antelación a la habilitación de la filial, las constancias de haberse dado cumplimiento a las disposiciones del art. 118 de la ley 19550.

Con respecto a la designación del representante exigido por la Ley de Sociedades, la entidad interesada debe proporcionar además una amplia información relativa a sus antecedentes personales y experiencia en el manejo de negocios financieros, acompañándose fórmulas 1113 y 898 con firma certificada, así como nómina de entidades de reconocido prestigio,

que estén en condiciones de facilitar informaciones complementarias acerca de dichas personas.

Las sucursales de entidades extranjeras que se autoricen, deben radicar efectiva y permanentemente en el país los capitales que correspondan según normas en vigencia y quedan sujetas a las leyes y tribunales argentinos.

El acuerdo del Banco Central para la instalación de bancos locales de capital extranjero o de sucursales de entidades extranjeras, queda supeditado a la posterior aprobación del Poder Ejecutivo Nacional, con arreglo a las disposiciones de la Ley de Inversiones Extranjeras.

VI. COMISIÓN NACIONAL DE VALORES

Para obtener la autorización de cotizar un título valor en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, tanto las sociedades nacionales como las extranjeras deben cumplir una serie de condiciones que se establecen en el art. 13 del reglamento de dicha institución, las que interesan particularmente al tema que se está desarrollando con los incisos séptimo - que se refiere a los requisitos a que deben ajustarse los estatutos de dichas sociedades: "... a) ninguna categoría de acciones ordinarias puede carecer de derecho de voto; b) el número de votos asignado a las distintas categorías de acciones no puede exceder la proporción de cinco a uno. Las de voto múltiple no pueden tener prioridad de derechos en el cobro de dividendos y reservas ni en el reembolso del capital con respecto a las otras categorías de acciones... (ésto a modo de ejemplo y no abarca la totalidad de los puntos del mencionado inciso), y el noveno - que se refiere a las cuestiones que deben ser resueltas por la asamblea general, sin que puedan ser delegadas en el directorio, independientemente de lo que establezca el Código de Comercio (hoy Ley de Sociedades) y el estatuto de la sociedad.

Ejemplo: "... a) emisión de debentures, fijación de sus condiciones y precios de colocación; b) pedido de cotización por primera vez de sus títulos valores en la bolsa o retiro de los mismos; c) emisión de acciones de cualquier denominación o característica, fijación de sus condiciones, determinación de su precio de colocación, o de la base para su fijación, o de aforo o plazo de integración..."

Respecto a las sociedades extranjeras, con cotización autorizada por una o más bolsas del exterior, es importante señalar que si a juicio de la bolsa tiene en sus reglamentos exigencias satisfactorias, pueden ser eximidas por esta del cumplimiento de uno, varios o todos los requisitos enumerados en los incisos séptimo y noveno del art. 13 de la reglamentación, siempre y cuando la o las bolsas extranjeras en que la sociedad cotice, ofrezcan en tales materias reciprocidad en el trato a las sociedades con cotización autorizada en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

VII. SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS

En la nota al Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de ley 20091 (de entidades de seguros y su control), se expresa que el objetivo de la realización de esta ley es lograr una unificación con las disposiciones que sobre seguros había hasta el momento, comenzando básicamente en 1959 con el decreto 5495, continuando con la ley 17418 de 1967, incorporando en 1973 esta nueva ley, y dejándose de lado todo lo referente a problemas de política aseguradora, como son los atinentes a tratamiento de las compañías argentinas y extranjeras.

La ley en su art. 2º establece que sólo pueden realizar operaciones de seguros, entre otras, las sucursales o agencias de sociedades extranjeras que pertenezcan a los tipos de sociedades anónimas, cooperativas y de seguros mutuos.

Autorización: para poder operar necesitan, como requisito previo indispensable, la autorización por la autoridad de control (Poder Ejecutivo a través de la Superintendencia de Seguros de la Nación).

La autoridad de control incluirá en el régimen de esta ley a quienes realicen operaciones asimilables al seguro cuando su naturaleza o alcance lo justifique, y cuando proceda la inclusión la autoridad de control fijará un plazo no mayor de 90 días para ajustarse al régimen de esta ley; entretanto no podrán realizarse nuevas operaciones. En caso de incumplimiento, la autoridad de control dispondrá la liquidación del infractor, sin perjuicio de la pena que podrá aplicar.

El art. 5° de la ley 20091 hace referencia expresa a las sociedades extranjeras: las sucursales o agencias a que se refiere el ya mencionado art. 2°, serán autorizadas a ejercer la actividad aseguradora en las condiciones establecidas por esta ley para las SA constituidas en el país, si existe reciprocidad según las leyes de su domicilio.

La autorización podrá ser revocada cuando la casa matriz de la sociedad extranjera se disuelva, liquide, quiebre, o se encuentre en situación equivalente, o en caso de cierre de la sucursal o agencia autorizada. La autorización, como ya dijimos, proviene de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que es una entidad autárquica con autonomía funcional y financiera, en jurisdicción del Ministerio de Economía.

Representación local: estará a cargo de uno o más representantes con facultades suficientes para realizar con la autoridad de control y los terceros todos los actos jurídicos atinentes al objeto de la sociedad y estar en juicio por esta. El representante no tiene facultades de ampliar o renunciar a la autorización para operar en seguros y transferir voluntariamente la cartera, salvo poder expreso.

Sucursales en el país y sucursales o agencias en el exterior: los aseguradores autorizados pueden abrir o cerrar sucursales en el país, como agencias en el extranjero, previa autorización de la autoridad de control, la que podrá establecer con carácter general o uniforme los requisitos y formalidades que se deben cumplir. La denegación puede ser apelada ante el Poder Ejecutivo, cuya decisión es irrecurrible.

La autorización operará si las sociedades cumplen con los siguientes requisitos: a) constitución legal; b) objeto exclusivo: operaciones de seguro; c) capital mínimo exigido según el momento. Las sucursales o agencias de sociedades extranjeras deberán tener y radicar en el país fondos equivalentes a los capitales mínimos exigidos a los aseguradores constituidos en él; d) sociedades extranjeras: además de los requisitos antes señalados deberán acompañar los balances de los últimos cinco ejercicios de la casa matriz; e) duración mínima exigida según la rama de seguros a explotar; f) planes de seguro: deben ajustarse a los que básicamente la ley exige; g) conveniencia de mercado.

Uno de los requisitos para poder operar es el de medir si de acuerdo con el mercado y las compañías que están operando en él, conviene o no, dar autorización a nuevas sociedades para que comiencen a funcionar. En la Superintendencia de Seguros nos comentaron que actualmente son muy pocas las sociedades que se admiten, pues el mercado está "saturado", y una forma de negar ese funcionamiento es a través de la exigencia de un capital mínimo muy elevado para poder operar, debido a lo cuál muchas de esas sociedades no llegan a ser autorizadas por la autoridad de control.

Cierre del ejercicio económico: para las sucursales y agencias extranjeras es la de su casa matriz, salvo que optaren por la del 30 de junio de cada año. Dentro de los 6 meses de aquella fecha rescatarán los elementos que sean pertinentes, referentes a las operaciones realizadas en el país. La memoria se reemplazará por el informe del representante.

BIBLIOGRAFÍA

Arecha, M. y García Cuerva, H. Sociedades comerciales. Buenos Aires, Depalma, 2ª ed. actualizada y aumentada, 1979.

Benseñor, Norberto y Pérez Lozano, Néstor. "Régimen legal y actuación de las sociedades extranjeras". Revista Notarial, La Plata, Nº 834, año 1977.

Boggiano, Antonio. "El derecho internacional privado de las sociedades comerciales". El Derecho, t. 74, pág. 737 y sigtes.
- Derecho internacional privado. Buenos Aires, Depalma, 1978 - 79.

Cáceres, Gonzalo E. "Reciprocidad para el establecimiento en la República de sucursal de sociedades constituidas en el extranjero. El Derecho, t. 76, año 1978, pág. 867 y sigtes.

Favier Dubois, Eduardo M. "La actuación de sociedades extranjeras y la actividad notarial". Revista del Notariado, N° 782, año 1982, pág. 363 y sigtes.

Goldschmidt, Werner. Derecho internacional privado; Derecho de la tolerancia. Buenos Aires, Depalma, 3ª ed., año 1977.

Kaller de Orchansky, Berta. "Las sociedades comerciales en el derecho internacional privado argentino". La Ley, t. 147, secc. Doct., pág. 1201 y sigtes.

Le Pera, Sergio. Cuestiones de derecho comercial moderno, Buenos Aires, Astrea, 1979.

Perugini de Paz y Geuse, Alicia M. "Derecho internacional privado societario argentino y derecho de extranjería argentino". Gaceta del Notariado. Rosario, N° 77, año 1979, pág. 51 y sigtes.

Rovira, Alfredo L. "Los artículos 30, 31, 32 y 33 de la Ley de Sociedades Comerciales y su aplicación a las sociedades constituidas en el extranjero". Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. N° 88, año 1982, pág. 581 y sigtes.

Winkler, Dora P. "Contratos societarios extranjeros y empresas locales de capital extranjero". El Derecho, t. 89, año 1980.

El Derecho, t. 96, pág. 478 y sigtes. Caso "Inval SRL".

Ley 19550. Sociedades comerciales.

Ley 20091. Entidades de seguros y su control (con nota al Poder Ejecutivo acompañando al proyecto).

Ley 21382. Inversiones extranjeras. Texto ordenado en 1980.

Ley 22903. Sociedades comerciales, reformas a la ley 19550.

Circulares del Banco Central. CREFJ A 46 del 20/7/81.

Reglamento de la Bolsa de Comercio de la ciudad de Buenos Aires.