

SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

Breves apuntes sobre la integración económica y el Mercosur*

Por Josefina E. A. Morel

“La integración regional es un compromiso de capital importancia para nuestros países y un instrumento de cambio y modernización que debe comprometer la activa participación de todos los agentes económicos y sociales.” Declaración de los Presidentes del Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política dentro del marco del “Compromiso de Acapulco para la paz, el desarrollo y la democracia”, 29 de noviembre de 1987.

La integración es la etapa más avanzada en que se encuentran las relaciones económicas contemporáneas y, como tal, es un fenómeno multifacético. De ahí que si bien en esencia es un proceso económico, no puede ser aislado de sus otros dos aspectos: el jurídico y el institucional o político.

Su corolario en el ámbito externo es el fortalecimiento de la capacidad de negociación internacional de los países integrados y, en lo interno, el desarrollo de los mismos.

Sin embargo, es necesario destacar que los motivos que determinan el interés en la integración económica regional son de diferente naturaleza para los países industrializados que para aquéllos en vías de desarrollo.

En el primer caso, operándose la integración sobre la base de economías

* Trabajo presentado en el IV Congreso Notarial del Mercosur. Córdoba, 29/10 al 1º/11 de 1997.

nacionales sólidas, se busca principalmente como garantía de expansión y estabilidad.

En los países en vías de desarrollo, la integración regional tiende a desempeñar un papel adicional y previo, que es asegurar a través de la formación de un gran espacio económico, la expansión y mejoramiento social de los países participantes y las condiciones de vida de sus habitantes.

Para América latina y los países que la integran, es una forma de aumentar rápidamente la producción de los países miembros, diversificar sus exportaciones, incrementar el comercio y su capacidad de pago y, en definitiva, incorporar los progresos técnicos de la industria moderna.

El Banco Interamericano de Desarrollo define la integración económica así: “La integración propiamente dicha es el *status* jurídico en el cual los Estados entregan algunas prerrogativas soberanas con el fin de constituir un área dentro de la cual circulen libremente y reciban el mismo trato, las personas, los bienes, los servicios y los capitales, mediante la armonización de las políticas correspondientes y bajo una égida supranacional”.

Dentro del ámbito del Mercosur, la necesidad de armonizar las legislaciones vigentes en cada país miembro surge como un imperativo contenido en el mismo Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, ya que representa uno de sus objetivos principales para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

El Protocolo de Ouro Preto del 7 de diciembre de 1994, por el cual se dio origen a la Unión Aduanera a partir del 1º de enero de 1995, marca la puesta en marcha de una serie de instrumentos jurídicos que permitieron una mayor autonomía del MERCOSUR respecto de los países signatarios e impone el mecanismo para incorporar y poner en vigencia las normas obligatorias, en cada uno de los Estados partes, a efectos de dar homogeneidad y aplicación concreta y simultánea a aquéllas, resguardando la seguridad jurídica indispensable para la materialización del proceso de integración.

Resulta entonces muy importante destacar que la proximidad del nuevo milenio enfrenta a la ciencia jurídica con un enorme desafío: **acompañar, seguir coordinadamente** los adelantos que en materia económica y social se están produciendo a nivel mundial y regional.

En tal inteligencia la estructura básica y tradicional de las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia como mecanismos de interpretación y aplicación de las normas que aquéllas contienen, deben lograr la adecuación indispensable para cimentar los fines perseguidos por los Estados.

Dentro del marco del Mercado Común del Sur, el compromiso de los Estados parte de “armonizar” sus legislaciones implica pues, esencialmente, que tener en cuenta las diferencias legislativas es buscar evitar los obstáculos que atentan contra la efectivización de las cinco libertades clásicas a todo mercado común: libre circulación de bienes y servicios, empresas, personas y capitales y la eliminación de las trabas que distorsionan el libre juego de la competencia.

Sociedades constituidas en el extranjero

Continuando con el trabajo presentado en el II Congreso Notarial del Mercosur celebrado en Curitiba, Brasil, en junio de 1996, en el cual mostré un panorama general de las normas que regulan la sociedad comercial en Argentina, así como también ciertas notas doctrinarias que consideré útiles para su interpretación, presento este nuevo trabajo con la finalidad de examinar la problemática de las sociedades constituidas en el extranjero. Su regulación legal en Argentina. Y las semejanzas y diferencias existentes en las legislaciones de los demás países miembros del Mercado Común del Sur.

El tema resulta de vital importancia en razón del valor que representa para el Mercado Común la posibilidad de que cualquier sociedad constituida en un país sea admitida en otro país miembro, con plenitud de derechos y obligaciones, facultades y deberes, sin perder sus atributos en el país de origen. (Ana María Aguinis, 1993).

Y si bien el mismo se halla vinculado más o menos estrechamente a otros, como por ejemplo: los agrupamientos, las uniones, el régimen de las inversiones extranjeras, etc., me limitaré al estudio de la respuesta que el ordenamiento jurídico da a los distintos casos y modos de actuación de los entes societarios constituidos en el extranjero.

Establecidos los límites de investigación, cabe considerar previamente determinadas problemáticas vinculadas a ella, como lo es la del reconocimiento o no de la nacionalidad de las sociedades y la aplicación extraterritorial de la ley en su actuación.

Nacionalidad de las sociedades

El derecho positivo argentino no atribuye nacionalidad a las sociedades y en el Derecho Internacional Privado de nuestro país la nacionalidad no se utiliza como punto de conexión para determinar la ley aplicable en caso de litigio, ya que los especialistas consideran que aquélla es un atributo exclusivo de las personas físicas, que responde a un concepto del Derecho Público, y describe el vínculo político existente entre un individuo y el Estado al cual pertenece.

Las expresiones “sociedades nacionales” y “sociedades extranjeras” tienen un significado distinto, aluden al lugar de constitución o al domicilio de las sociedades pero no a la “nacionalidad”.

Sin embargo, la doctrina sí la considera, hallándose dividida entre quienes optan por aceptarla y aquellos que la niegan de plano.

Esto es importante para tener en cuenta, en razón de que no se trata exclusivamente de una cuestión académica, sino que está siempre relacionada con el conflicto de leyes, el goce de derechos, la protección diplomática, los tratados, etcétera.

Los que están por la afirmativa (Miguel J.L. R.D.C.O 1971, Vico C.M.) asignan a las sociedades un estado de dependencia jurídica a un determinado país consagrando, por esta vía, el derecho de las mismas de solicitar protección diplomática en aquellos casos en que fuere necesario.

Dentro de este grupo existen a su vez diferentes criterios para determinarla. Están aquellos que consideran que en uso de la autonomía de la voluntad, la nacionalidad, a igual que el capital y el domicilio, pueden establecerse por los socios en el acto fundacional. Otros expresan que queda fijada de acuerdo con la nacionalidad de sus integrantes, o bien con el lugar en el cual se le otorgó autorización para funcionar, o con el lugar de su constitución, o el de la sede social, o el de la explotación real y efectiva de su actividad.

A todos y cada uno de ellos se les han efectuado objeciones.

Para nombrar algunas de ellas: a) que es un atributo cuya propia naturaleza impide que sea elegido libremente como los demás requisitos del acto constitutivo; b) que la sociedad goza de personalidad jurídica independientemente de sus miembros los que, por otra parte, pueden tener diferentes nacionalidades; c) que el sistema de autorización gubernamental a nivel internacional ha sido superado ampliamente por el normativo; d) que teniendo en cuenta el lugar de constitución, se fomenta el fraude a la ley, emigrando las sociedades hacia Estados donde los requisitos constitutivos son menos rigurosos; y finalmente e) que una sociedad puede desarrollar su actividad en forma simultánea en varios lugares a la vez.

Los autores que sostienen la tesis **negativa** se basan fundamentalmente en la doctrina de Bernardo de Irigoyen (1876), sosteniendo “ que las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del país que las autoriza y, por consiguiente, no son ni nacionales ni extranjeras. La sociedad anónima es una persona distinta de los individuos que la forman y aunque ella esté exclusivamente formada por ciudadanos extranjeros, no tiene derecho a la protección diplomática.” (Amancio Alcorta, Carlos Saavedra Lamas, Guillermo Michelson, Aztiria).

Y otros, como Federico G. Polak (R.D.C.O 1970), niegan enfáticamente este atributo, señalando que se confunde la cuestión de la nacionalidad con el de las sociedades constituidas en el extranjero, con lo cual se deriva hacia el problema de la aplicación extraterritorial de la ley. Y agrega que el distingo comúnmente efectuado es un giro idiomático y, en cierta forma, producto de la comodidad. Si bien es utilizado asiduamente en leyes especiales que clasifican a los entes en nacionales y extranjeros para someterlos a distintos tratamientos, solamente tienen por objeto impedir que se desnacionalice una empresa.

Existen quienes, a su vez, consideran que si para determinar la nacionalidad de las sociedades comerciales se tiene en cuenta la sede real (no ficticia) y sincera (sin fraude a la ley), los puntos de conexión “nacionalidad” y “domicilio” terminan por confundirse y la oposición entre ambos criterios es únicamente terminológica. (Jurisprudencia francesa cit. B.K de Orchansky).

Zaldívar acepta la posibilidad de asignar nacionalidad a las sociedades siempre y cuando sea el control económico el primer elemento determinante de ello o, de lo contrario, se aguarde que las normas legales que regulan actividades en las que la nacionalidad de las empresas pueda ser un factor que afecte el interés público, informen las pautas para establecerla.

Por su parte, Benseñor sostiene que se puede aceptar que la noción de na-

cionalidad en las sociedades implica la determinación del *status* jurídico específico que le otorga la calidad de sujeto de derecho, delinea su capacidad y establece las normas que rigen su organización, funcionamiento y disolución, no siendo en consecuencia otra cosa que la inserción vertical de la misma en determinado régimen al cual debe dependencia jurídica.

La Teoría del Control

La teoría del control, que levanta el velo de la personalidad jurídica para descubrir la nacionalidad de las personas que la componen y poseen el control de los bienes sociales (usada en tiempos de guerra), ha sido receptada en nuestro derecho positivo. Por tratarse de un concepto de índole económica, se emplea con distintos fines y con carácter de excepción cuando lo que se pretende es proteger intereses patrios, otorgándose a la persona jurídica (cualquiera sea el punto de conexión utilizado por la norma indirecta: lugar de constitución, sede social estatutaria, sede real) la nacionalidad de los individuos que controlan sus actividades.

En tiempos de paz se la utiliza para excluir a las entidades extranjeras del goce de ciertos derechos o de la concesión de beneficios o de la explotación de servicios públicos que se reservan para las sociedades nacionales, por comprometer el interés público del Estado y la seguridad nacional.

Ejemplo de ello es el Código Aeronáutico, que exigía que las sociedades comerciales que explotaran transporte aéreo interno en el caso de sociedades de personas debían estar constituidas de tal manera que la mitad más uno de los socios debían ser argentinos con domicilio en la República y poseer la mayoría del capital social. Si fuera una sociedad de capital, la mayoría de las acciones a la cual correspondiera la mayoría de votos deberían ser nominales y pertenecer a argentinos con domicilio real en la República.

La Extraterritorialidad

El tema de la extraterritorialidad en la actuación de las sociedades se vincula con el tratamiento que cada legislación otorga a las sociedades extranjeras, reconociéndolas o no como sujetos de derecho y a las facultades que se les otorga de operar en un país distinto del de su constitución (principio de incorporación) o de su sede social (principio del domicilio).

En nuestro país, la ley adopta el principio de extraterritorialidad parcial, que reconoce a las sociedades constituidas y domiciliadas en el extranjero la posibilidad de ejercer sus actividades sin necesidad de una nueva constitución en la República, con lo cual preserva su personalidad jurídica, pero al mismo tiempo las sujeta al control estatal con el objeto de proteger el orden público y evitar el fraude a la ley.

Están sometidas por parte del Estado a la fiscalización especial la que, de acuerdo con la ley 23315 en el ámbito de la Capital Federal, es ejercida por la Inspección General de Justicia.

Estas sociedades tienen la posibilidad de cumplir dos categorías de actos; a) **los aislados**, que realizan en ejercicio de su capacidad genérica o potencial

(actuar en juicio, adquirir bienes, contratar) y b) **los actos que tienden al cumplimiento del objeto social**, en ejercicio de su capacidad específica (hacer ejercicio habitual de actos, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente).

En el primer caso, la sociedad no debe cumplir con más requisito que demostrar por intermedio de su representante (que no tiene que ser permanente), su existencia, que se ha constituido legalmente, y que éste posee las facultades suficientes para la realización del acto.

En cambio, cuando su actuación está relacionada con el ejercicio de la capacidad específica, debe cumplimentar una serie de obligaciones impuestas por la ley, con carácter previo: en especial de inscripción y publicidad, quedando sujeta a la ley territorial.

Este sistema se diferencia de la **territorialidad estricta**, que procura proteger la economía local, al exigir en todos los casos el sometimiento de las sociedades extranjeras al derecho interno y de la **extraterritorialidad total** que estimula la movilidad de los capitales pero a la cual se le reprocha que posibilita la penetración sin trabas de sociedades que estarán en condiciones de competir ventajosamente con las nacionales y evadir el control a que están sujetas estas últimas.

Régimen legal

Nuestra Ley de Sociedades Comerciales N° 19550 regula las sociedades constituidas en el extranjero en la Sección XV, sentando los conceptos expresados por el legislador en la Exposición de Motivos, al poner en pie de igualdad a las sociedades constituidas en la República con aquéllas, evitando crear regímenes preferenciales o peyorativos que en todo contradicen el precepto constitucional de igualdad ante la ley, ya que considera que no es conveniente en las leyes de tipo genérico emplear dichos recursos que han de reservarse para casos específicos.

I) **Ley aplicable**: “La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución” (art. 118).

La existencia, es decir, la personalidad jurídica de la sociedad depende de la ley del país donde se constituyó. Y la forma, es decir, su tipicidad depende asimismo de la ley del lugar de constitución.

Se ha querido interpretar, también, que al referirse la ley a “la forma” está indicando el conjunto de solemnidades que deben observarse al tiempo de la constitución.

El lugar de constitución debe ser interpretado según el sistema angloamericano de “incorporación”, que toma en consideración el lugar en donde se la reconoció como persona jurídica, o la obtuvo de manera automática.

Sin embargo, existe una excepción a esta regla general y es para el caso de sociedades constituidas en el extranjero que tienen su sede en el país o desarrollan en la República su principal objeto, a las cuales se les aplica la ley del domicilio.

A lo que cabe agregar que: A) La prueba del contenido y vigencia del dere-

cho extranjero conforme al cual se constituyó la sociedad corresponde a los interesados, según el art. 13 del C. Civil.

B) Las relaciones de los socios entre sí, con la sociedad y de ésta con los terceros se rigen por la ley del lugar de constitución, regla no consagrada pero que es consecuencia del principio general.

C) A la ley del lugar de constitución le corresponde decidir si la sociedad está habilitada o no a realizar el acto en territorio argentino (capacidad), como asimismo cuáles son los órganos representativos de la persona jurídica.

II) Actuación de las sociedades constituidas en el extranjero:

Se puede manifestar en el país de tres modos diferentes:

A) Actos aislados y estar en juicio (art. 118, 2º párrafo)

B) Ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto, establecimiento de sucursal, asiento, o cualquier otra especie de representación permanente (art. 118, 3º párrafo)

C) Constitución de sociedad (art. 123).

Actos aislados

El ejercicio de actos aislados importa la realización, como hemos ya expresado, de actos comprendidos dentro de la denominada capacidad genérica o potencial, y deben estar desprovistos de signos de permanencia o continuidad, ser -en fin- esporádicos y transitorios.

Se ha intentado ejemplificar, con el objeto de determinar cuáles deben ser considerados como tales y cuáles no. Pienso que su calificación dependerá en cada caso de las características y condiciones en que el mismo se practique, y que la interpretación ha de ser restrictiva. Zaldívar da un ejemplo clásico que apoya lo dicho precedentemente.

La presentación en un concurso o licitación pública puede calificarse como acto aislado, pero si la empresa formada en el exterior resulta adjudicataria es indudable que antes de firmar el correspondiente contrato deberá cumplir con lo dispuesto en la tercera parte del art. 118 (Zaldívar, E., 1972).

A su vez, la jurisprudencia en los autos: "Guzmán Frontaura, José c/ Torres Astigueta" en fallo de la CNCom. Sala A, junio 23 de 1977, sostuvo que la compra de acciones por una sociedad extranjera en el país constituye un acto aislado realizado por aquella a través de la persona de su presidente, domiciliado en la República, por lo que su emplazamiento en juicio resulta procedente de acuerdo con el art. 122 inc. a de la ley 19550.

En general, debemos tener en cuenta que en estos casos, cuando de actos aislados se trate, o de estar en juicio, la ley no exige el cumplimiento de requisito alguno adicional más que acreditar su existencia, que ha sido constituida de acuerdo con las leyes de su país de origen y que el representante tiene facultades suficientes.

Ejercicio habitual

En ejercicio de la capacidad específica, la sociedad puede actuar en los casos que la ley contempla:

A) Cuando pretende ejercer habitualmente actos comprendidos en su objeto social (art. 118, 3^{er} párrafo).

Dice Berta K. de Orchansky que la palabra “habitual” enrola a nuestro sistema legal en el criterio cualitativo/cuantitativo, es decir, en el sentido de que una persona jurídica **ejerce su objeto** cuando realiza **habitualmente** actos comprendidos en el mismo.

B) Instalar sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente (art. 118, 3^{er} párrafo).

El Dr. Antonio Boggiano, en su obra *Sociedades y Grupos multinacionales*, define la sucursal diciendo: “la sucursal que de modo característico tiene capacidad para contratar con terceros y obligar a la sociedad por intermedio de su representante, carece de personalidad jurídica alguna, la sucursal es la misma sociedad constituida en el extranjero que ejerce habitualmente actos comprendidos en su objeto social en el país, no existe otra sociedad.”

Nuestra jurisprudencia, siguiendo la doctrina de la unidad jurídica entre sucursal y casa matriz, ha admitido únicamente la distinción contable entre empresa y sucursal, agregando, “comercial y jurídicamente se hallan identificadas”. (C. N. Com. Sala A, agosto 15 de 1980, Rossi, Eduardo c/ Bco. Shaw, Casa Central).

Se diferencia de la agencia en que, en nuestro derecho, ésta última es una simple oficina administrativa sin poder jurídico para celebrar negocios por su cuenta.

C) Constituir sociedad en la República.

El art. 123 estipula que para constituir sociedad en la República, las sociedades constituidas en el extranjero deberán previamente acreditar ante el juez de registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales en el Registro Público de Comercio.

Su finalidad ha sido contrarrestar ciertos fallos jurisprudenciales que consideraban que la constitución de una sociedad en el país era un acto aislado, no exigiéndose el cumplimiento de recaudos publicitarios ni registrales.

Ahora bien, es importante destacar que el Anteproyecto de la Ley de Sociedades era más amplio que el actual art. 123, pues decía: “para asociarse y participar en sociedad en la República...”

Teniendo en cuenta que la finalidad de la norma es la tutela del tráfico en general, de los terceros en particular y aun de los propios socios o accionistas, (Boggiano, Antonio, 1978), la jurisprudencia optó por hacer una interpretación amplia del citado artículo resolviendo que “queda comprendido en la disposición legal no sólo participar en el acto fundacional, sino también la posterior adquisición de participaciones sociales, que importen el control de la sociedad participada o la integración del directorio o el consejo de vigilancia, o signifique participar activamente en la sociedad emisora, o cuando le otorgue una posición de control de hecho o de derecho”, (Parker Hannifin Argentina S.A., Sala C 21/3/78; Hierro Patagónico de Sierra Grande S.A., Sala A 13/2/80;

todas las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial). También resolvió que “no es necesaria la inscripción de la sociedad extranjera cuando la misma sólo ha efectuado adquisiciones circunstanciales de acciones, como pueden ser las inversiones a breve término de sobrantes financieros”, (CN. Com. Sala C, en autos “Huyck Mati S.A.”, del 21/3/78).

No debemos olvidar, por otra parte, que la participación de una sociedad en otra está sujeta en nuestra ley de sociedades a limitaciones tales como que: las sociedades anónimas y las en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones (art. 30). Que ninguna sociedad, excepto aquella cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión, puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales (art. 31). Que las participaciones recíprocas están prohibidas, salvo el caso de una sociedad controlada que puede participar en la controlante o en sociedad controlada por ésta, en un monto no superior, según balance al de sus reservas excluida la legal (art. 32).

Que se define a las sociedades controladas: como aquéllas en que otra sociedad en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada posee participación que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social o ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas (art. 33). Y a las sociedades vinculadas cuando una participe en más del 10 % del capital de la otra. Fijándose además sanciones que van desde la disolución *ipso jure*, hasta la pérdida del derecho de voto y de percepción de las utilidades.

Todas estas normas aplicables a las sociedades locales deben, por tanto, extenderse a las sociedades constituidas en el extranjero, cuando adquieren participaciones en una sociedad local en la cual ejercen en forma activa sus derechos, aunque ello no implique el control del art. 33.

Requisitos

La ley establece los siguientes requisitos a cumplir:

1) **Tratándose del ejercicio habitual o el establecimiento de sucursal, asiento etc.:** a) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país.

b) Fijar un domicilio en la República, (el que debe establecerse con indicación de jurisdicción, calle y número) cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por la ley para las sociedades que se constituyan en la República.

Tratándose de S.R.L. y sociedades por acciones, la publicación será por un día en el diario de publicaciones legales, cumpliendo los recaudos del art. 10, es decir, el aviso extractado.

La inscripción se formaliza en el Registro Público de Comercio correspondiente al domicilio designado en el país. Esta inscripción es válida para toda la República.

c) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona

a cuyo cargo ella estará. Esta previsión deberá ser observada con cuidado formal e instrumental, y deberá resultar de un acta debidamente certificada y legalizada.

Si se tratare de una sucursal se determinará, además, el capital que se le asigne cuando corresponda por las leyes especiales (art. 118).

Tal asignación es obligatoria para el ejercicio de ciertas actividades (bancos, seguros, etc.), y su acreditación no está sujeta a los rigorismos propios de la constitución (depósito), sino que es suficiente la acreditación fehaciente del ingreso de las divisas en el país mediante, por ejemplo, una certificación bancaria.

La asignación también puede realizarse en forma voluntaria.

El capital asignado por ley especial a una sucursal no representa una restricción a la responsabilidad hasta dicha suma, ya que la casa central o matriz queda obligada por los actos o contratos celebrados por aquélla dentro de la autonomía jurídica que le hubiere conferido. Además, hay que tener en cuenta que ciertas actividades, como la de seguros, requieren la autorización del Poder Ejecutivo.

d) Deben, además, conforme lo dispuesto por el art. 120, llevar en la República contabilidad separada y someterse al contralor que corresponda al tipo de sociedad.

El decreto ley 1493/82 reglamentario de la Ley orgánica de la Inspección General de Justicia N° 23315, en su art. 28 establece: “que en ejercicio de sus funciones de fiscalización permanente, la IGJ solicitará a estas sociedades el cumplimiento de los mismos recaudos exigidos a las sociedades comprendidas en el art. 299 de la ley 19550 para fiscalizar su funcionamiento, disolución y liquidación. Anualmente las citadas entidades remitirán una copia de los estados contables del ejercicio”.

II) Constitución de sociedad en la República

En el supuesto contemplado por el art. 123, la ley sólo exige la acreditación de que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países, la inscripción de sus contratos, reformas y demás documentación habilitante como la relativa a sus representantes legales, pero no que lleven contabilidad separada ni constituyan un domicilio en la República Argentina.

El decreto ley 1493/82 exige como requisito de inscripción que la sociedad fije sede social en la República.

Sociedades constituidas en el extranjero, con sede en la República o que su objeto esté destinado a cumplirse en el territorio argentino

El art. 124 regula estos supuestos en forma independiente, como condición de aplicación de la norma, pues basta que se compruebe que su domicilio se encuentra en la República o que el principal objeto está destinado a cumplirse en la misma, para que la sociedad sea considerada como local quedando sujeta al cumplimiento de las formalidades, de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento como tal.

El cumplimiento de tales requisitos implica adecuar la sociedad constituida en el extranjero a la normativa argentina, pero no constituir una nueva sociedad.

Por otra parte, la ley autoriza que una sociedad constituida en el extranjero, con sede en el país, sea considerada nacional, y también permite que una sociedad ejerza su principal objeto en la República y no posea aquí su domicilio.

Sociedad constituida en el extranjero bajo un tipo desconocido

El art. 119 consagra la única excepción de la ley de sociedades al requisito de la tipicidad enunciado en el art. 1º y sancionado con la nulidad en el art. 17 primera parte.

Son sociedades con un tipo válido en su país pero que no existe en el nuestro.

Dicho artículo estipula que el juez de la inscripción debe determinar las formalidades a cumplir en cada caso, con sujeción al criterio de máximo rigor previsto en la ley.

Se distinguen dos hipótesis: a) cuando a la sociedad se la puede enmarcar dentro de alguno de los tipos previstos. En ese caso le serán aplicables las formalidades y requisitos a que estaría sometida de constituirse en el país o b) en caso contrario, se la someterá a las formalidades y contralor del tipo más riguroso, que en nuestra legislación es la sociedad anónima.

Representación, facultades y responsabilidades de los representantes de sociedades extranjeras

Los representantes de estas sociedades contraen las mismas responsabilidades que para los administradores prevé la ley y en el supuesto de tipos no reglamentados, las de los directores de sociedades anónimas (art. 121).

Se les aplica así el art. 59 que establece: “deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”. Y el art. 274: “Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros por el mal desempeño de su cargo, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”. La norma no menciona si sus atribuciones son idénticas a las de los representantes de las sociedades constituidas en nuestro país (art. 58). La doctrina se halla dividida.

Hay quien sostiene que el lógico correlato de tener las mismas responsabilidades es disponer de iguales facultades. Otros entienden que el art. 58 se aplica a los representantes orgánicos, no siendo para ellos el representante de una sociedad extranjera más que quien está encargado de la atención administrativa de la sucursal o representación y, por lo tanto, en la práctica se acude a la representación convencional para legitimar su actuación.

Otros estiman que es a la ley reguladora de la personalidad (*lex constitutionis*)

a quien le toca decidir cuáles son los órganos representativos de la persona jurídica y, por consiguiente, la persona física que la representa y en qué medida los actos de estas personas obligan a la sociedad.

Emplazamiento en juicio

El emplazamiento en juicio a una sociedad debe hacerse en su domicilio.

A fin de facilitar el trámite procesal, el art. 122 dispone que “originándose en un acto aislado puede cumplirse en la persona del apoderado que intervino en el acto o contrato que motiva el litigio. Cuando existiera sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación en la persona del representante”.

Se evita así tener que tramitar un costoso traslado de la demanda al notificarse a la sociedad extranjera en su domicilio.

Sanciones

La falta de cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley de sociedades determina diferentes sanciones, según cada caso.

a) Sociedad que ejerce habitualmente actos de su objeto o establece sucursal, o cualquier especie de representación: queda sometida al régimen establecido para las sociedades irregulares (arts. 21 y sigs.) cuyas principales consecuencias son: que los socios y quienes contrataron en su nombre quedan solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin poder invocar el beneficio de excusión ni las limitaciones que se funden en el contrato social. Y que ni la sociedad ni los socios pueden invocar respecto de terceros ni entre sí derechos o defensas basados en la existencia de la sociedad.

b) Sociedad que participa en la constitución de sociedad sin cumplir lo dispuesto en el art. 123: en este caso quedará afectado el vínculo social en sí mismo. En la práctica, difícilmente la cuestión pueda plantearse, ya que la autoridad administrativa de contralor observará la omisión.

Fiscalización administrativa

La ley 23315, orgánica de la Inspección General de Justicia, confiere a ésta, dentro del ámbito de la Capital Federal, la fiscalización de las sociedades constituidas en el extranjero que hagan ejercicio habitual en el país de actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursales, asiento o cualquier especie de representación permanente (art. 3º) disponiendo en su art. 8 y en el decreto reglamentario Nº 1493/82, arts. 25 y sigs. los alcances de su competencia y los recaudos a cumplir para su registración.

Entra dentro de su competencia: a) controlar y conformar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 118 de la ley de sociedades y determinar las formalidades a cumplir en el caso del art. 119; b) fiscalizar permanentemente el funcionamiento, disolución y liquidación de las agencias y sucursales (erróneamente se habla de disolución, pues las sucursales no se disuelven) y ejercer las facultades enunciadas en el art. 7 incs. a), b), c), d), e) y f).

Recaudos para su inscripción:

Deben presentar en idioma original:

- 1) El acto constitutivo, estatutos y eventuales reformas.
- 2) El comprobante expedido por autoridad competente de que se hallan autorizadas o inscritas según las leyes de su país de origen.
- 3) La resolución del órgano competente que dispuso solicitar la inscripción y por la que se fije sede social en la República.
- 4) La determinación del capital y acreditación de su integración cuando correspondiera por leyes especiales.

La documentación deberá estar autenticada en legal forma en el país de origen y legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores (recaudos que pueden ser suplidos por la Apostilla establecida por la Convención de la Haya de 1961, a la que se adhirió nuestro país por ley 23458 del 29 de octubre de 1986, según cada caso).

La documentación debe estar acompañada por su versión en idioma nacional, practicada por traductor público matriculado y su firma legalizada por el respectivo Colegio.

Es importante destacar que la documentación puede acompañarse protocolizada en escritura pública otorgada en nuestro país, de la cual se adjuntarán testimonio y copias de estilo. O bien en testimonios originales otorgados en el país de origen, que quedarán archivados en el Registro Público de Comercio, entregándose a la sociedad sus fotocopias.

A lo expresado se ha de agregar la publicación en el Boletín Oficial (art. 118) y el Dictamen Precalificadorio (Convenio de Asistencia Técnica del 2-8-95 modificatorio del celebrado el 24 de marzo de 1987).

Estas mismas formalidades deben cumplirse cuando se trate de inscribir reformas, variaciones de capital y cancelación de inscripción en la República.

Legalizaciones

Como se expresara precedentemente, toda la documentación que debe acceder a la Inspección General de Justicia o que de algún otro modo debe ser considerada para el otorgamiento de actos o contratos por parte de una sociedad extranjera, ha de estar legalizada por la autoridad administrativa o judicial que corresponda según el sistema de cada país de origen y autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de aquél, la que a su vez debe ser autenticada por el cónsul argentino en dicho país y la firma de éste último legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de nuestro país.

Estos recaudos, como ya adelantáramos precedentemente, pueden ser reemplazados por medio de la denominada Apostilla, según cada caso.

La Convención de la Haya del 5 de octubre de 1961, a la que se adhirió nuestro país por ley 23458 del 29 de octubre de 1986, estableció un sistema de legalización más simple, la *Apostille*, para los documentos públicos extranjeros cuando su origen fuera el de alguno de los países que la suscribieron o que se adhirieron a ella.

En nuestro país, hasta el dictado de la resolución ministerial N° 1.450/97,

la única autoridad con competencia para imponer la Apostilla era el ahora denominado Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

El 2 de julio de 1997, por Convenio celebrado entre el indicado Ministerio, los colegios notariales de la República Argentina y el Consejo Federal del Notariado Argentino, se resolvió fijar las pautas para dar cumplimiento a la resolución ministerial N° 1.450/97 indicada, por la cual se decidió que los colegios notariales y/o los escribanos de la República Argentina procedan a legalizar bajo el régimen de la Apostilla, en el carácter de depositarios de la fe pública, los instrumentos públicos notariales que se presenten, emanados de escribanos públicos matriculados, insertando el sello de la misma. Los fondos serán recaudados por los colegios notariales o los escribanos y rendidos al Ministerio, quien fijará y determinará el arancel a percibir en las legalizaciones. El Ministerio continuará siendo la autoridad de aplicación ante la Conferencia de La Haya.

Con ello se ha logrado descentralizar la colocación de la Apostilla en los documentos de origen notarial que antes, independientemente de la provincia donde se autorizaran, debían obligatoriamente ser presentados en la Cancillería (Cristina Armella, 1997).

Por otra parte, el 27 de junio de 1992, en el Valle de Las Leñas, República Argentina, se suscribió entre los cuatro países integrantes del Mercado del Sur el “Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa”, cuyos objetivos, establecidos en sus considerandos, fueron específicamente el promover e intensificar la cooperación jurisdiccional en las materias indicadas, a fin de contribuir al desarrollo de sus relaciones de integración sobre la base de los principios de respeto a la soberanía nacional y a la igualdad de derechos e intereses recíprocos.

El capítulo sexto trata “de los instrumentos públicos y otros documentos.”

En él se establece concretamente (art. 25) “que los instrumentos públicos emanados de un Estado Parte tendrán en el otro la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos.”

Así como también que “los documentos emanados de autoridades jurisdiccionales u otras autoridades de uno de los Estados Parte, así como las escrituras públicas y los documentos que certifiquen la validez, la fecha y la veracidad de la firma o la conformidad con el original, que sean tramitados por medio de la autoridad central quedan exceptuados de toda legalización, apostilla u otra formalidad análoga cuando deban ser presentados en el territorio de otro Estado Parte” (art. 26).

Agregando el art. 27 que cada Estado Parte ha de remitir a través de la autoridad central a solicitud de otro y para fines exclusivamente públicos, los testimonios o certificados de las actas de los registros de estado civil sin cargo alguno.

El Protocolo ha sido aprobado por nuestro país por ley 24578 del 25 de octubre de 1995, forma parte del Tratado de Asunción, y está vigente en razón

de que la República del Paraguay, la República Federativa de Brasil y nuestro país han efectuado el depósito de sus respectivos instrumentos de ratificación.

Paraguay ratificó con fecha 10 de diciembre de 1993, de acuerdo con lo aprobado por ley 270/93 depositando el instrumento de ratificación el 12 de septiembre de 1995.

Brasil ratificó por decreto legislativo 55/94, y efectuó el depósito el 16 de febrero de 1996.

Argentina lo hizo, como dijimos, por ley 24578, depositando el instrumento de ratificación el 3 de julio de 1997.

Pero el mismo Protocolo prevé la necesidad de que cada Estado Parte designe una autoridad central encargada de hacer cumplir lo en él establecido, hecho indispensable para su aplicación (art. 26).

Dentro del marco del Mercosur, es indispensable comprender que cualquiera sea el sistema utilizado con el objeto de simplificar y dar fluidez a la circulación documental, contribuirá a desarrollar la integración regional en general y, en particular, a favorecer el tráfico negocial.

Conclusiones

I) El derecho positivo argentino no atribuye nacionalidad a las sociedades y las normas de la ley 19550 establecen el sistema de la “incorporación” fijando como ley aplicable a la sociedad extranjera el del lugar de constitución, atemperado por la aceptación de la extraterritorialidad parcial que distingue entre “actos aislados” y actos que persiguen el cumplimiento del objeto o la ubicación de sucursales, asientos o representaciones permanentes.

II) Aquel principio (ley del lugar de constitución), establecido en el art. 118, sufre una excepción cuando se trata de sociedades extranjeras que tienen su sede en el país o desarrollan en él su objeto principal, a las cuales considera como sociedades locales, evitando el fraude a la ley.

III) El ejercicio habitual de actos del objeto, el establecimiento de sucursales, asientos o representaciones permanentes, así como también la constitución o participación en determinadas condiciones en sociedades constituidas en el país, obliga a la sociedad extranjera a cumplir con los requisitos de publicidad y registración, cuya omisión en el caso de ejercicio habitual la hace pasible de la aplicación de las normas sobre sociedades irregulares (arts. 21 y sgs.) y en el supuesto de constitución o participación en sociedad local afecta el vínculo con ésta.

IV) Los representantes de las sociedades extranjeras responden como los administradores (art. 59) y en el supuesto de tipos no reglamentados como los directores de las sociedades anónimas (art. 274).

V) Las sociedades constituidas en el extranjero que hagan ejercicio habitual en el país de actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursales, asiento o representaciones permanentes, quedan sometidas dentro del ámbito de la Capital Federal al control permanente de la Inspección General de Justicia, conforme lo dispone la ley 23315 y su decreto reglamentario N° 1493/82.

Bibliografía

- AGUINIS, Ana María, *Empresas e Inversiones en el Mercosur*, Abeledo- Perrot, 1993.
- AGUINIS, Ana María y CARRANZA, J.A., *La teoría del control en la legislación argentina*. R.D.C.O., 1975.
- ARMELLA, Cristina Noemí, *Legalizaciones internas e internacionales. (Libre circulación documental vs. seguridad jurídica)*, Revista del Notariado N° 848, pág. 45.
- BENSEÑOR, Norberto y PÉREZ LOZANO, Néstor, *Régimen Legal y Actuación de las Sociedades Extranjeras*. II Jornada Notarial del Cono Sur, 1977.
- BENSEÑOR, Norberto, *Régimen Legal y actuación extraterritorial de sociedades*, Gaceta del Notariado, Santa Fe N° 110, 1995.
- BENSEÑOR, Norberto, *Reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad constituida en el extranjero*. "Sociedades y Concursos en el Mercosur", Ad-Hoc, 1996.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Depalma, 1978.
- BOGGIANO, Antonio, *Sociedades y Grupos Multinacionales*, págs. 5 a 11.
- CAPANO, Laura; LOVAGNINI, Ricardo y BLOCH, Alejandro, *Sociedades extranjeras: Régimen jurídico aplicable*. XI Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, Buenos Aires, 1996.
- DA ROCHA BRITO, José Alberto, *Registros societarios en Brasil*. II Congreso Notarial del Mercosur, Curitiba, 1996.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo, *Derecho Societario Registral*, Ad-Hoc, 1994.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo, *La actuación de sociedades extranjeras y la actividad notarial*, Rev. del Notariado N° 782, pág. 363.
- HALPERIN, Isaac, *Curso de Derecho Comercial*, Ed. Depalma, 1981.
- IGLESIAS, Daniel O. y BLOCH, Roberto, *Nuevas Modalidades de Contratación Internacional*, Ad-Hoc, 1996.
- INSTITUTO DE RELACIONES INTERNACIONALES, *Todo el Mercosur. Desde sus primeros antecedentes a la Unión Aduanera*. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1995.
- KLEIDERMACHER, Arnoldo, *El debido control del acto aislado*. II Congreso de Derecho Societario, Salta, 1982.
- MIGUEL, J. L., *La concentración capitalista: una tesis argentina*. R.D.C.O., 1971.
- NISSEN, Ricardo, *Ley de Sociedades Comerciales*, Ábaco, 1994.
- NISSEN, Ricardo y HAGGI, Graciela, *La sociedad extranjera cuyo objeto está destinado a cumplirse en la República Argentina debe ser considerada como sociedad local a todos los efectos*. *Sociedades y concursos en el Mercosur*, Ad-Hoc, 1996.
- NISSEN, Ricardo, *La participación de sociedades extranjeras en sociedades nacionales*, Errepar, T. VI, pág. 206.
- ORCHANSKY, Berta K., *Las sociedades comerciales en el derecho internacional privado argentino*, La Ley T. 147, pág., 1201.
- POLAK, FEDERICO, *En torno a las sociedades constituidas en el extranjero*, R.D.C.O., 1970.
- RAGAZZI, Guillermo E. y o/s., *Mercosur: Las sociedades comerciales, su actuación extraterritorial; inversiones extranjeras e instrumentos de colaboración y actuación conjunta*, V Congreso de Derecho Societario, 1992.
- RÍOS CASTRILLON, Aníbal, *Sociedades comerciales nacionales y extranjeras. El reconocimiento de su existencia y capacidad frente al derecho argentino*, XI Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral., Buenos Aires, 1996.
- ROCA, Eduardo, *La irregular irregularidad de las sociedades extranjeras no inscriptas*, El Derecho, T. 170, pág. 379.
- ROVIRA, Alfredo, *Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúen en la República*, La Ley T. 155, pág. 983.
- SANTOS BELANDRO, Rubén, *Actuación de sociedades extranjeras*, Asociación de Escribanos del Uruguay, 1995.
- VICO, C. M., *Tratado privado*. T. II, pág. de derecho internacional, pág. 59.
- ZALDÍVAR, Enrique, *Régimen de las empresas extranjeras en la República Argentina*, Ediflor, 1972.