

ACTUACION EN EL PAÍS DE SOCIEDAD CONSTITUÍDA EN EL EXTRANJERO¹

Efraín Hugo RICHARD²

"... la realidad no es así, la realidad esta así. Y está así no porque ella quiera. Ninguna realidad es dueña de sí misma. .. nuestra lucha es por cambiarla y no acomodarnos a ella..." de FREIRE, Paulo El grito manso.

TEMARIO. 1. LA ACTUACIÓN DE SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO donde se perfila que no sólo no se las discrimina sino que se las privilegia, determinando que nos referiremos a las sociedades denominadas off shore y el indirect doing business, recién afrontadas socialmente con el caso República Cromagnon. 2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, SOCIEDADES Y EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS, donde siguiendo principios de derecho privado los efectos respecto de terceros aparecen limitados al cumplimiento de la legalidad. 3. LA ACTUACIÓN OFF SHORE donde se plantea que, sin hipocresía, debe advertirse el efecto nefasto de la actuación de sociedades creadas inicialmente en el extranjero para operar en nuestro país, o respecto de operaciones en el país que se simulan cumplidas en el exterior. 4. PUBLICIDAD DE LA ACTUACIÓN DE SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO donde se empieza a perfilar la normatividad de la correcta actuación, y 4.1. MARCO NORMATIVO E IMPOSITIVO donde se puntualiza que la reacción fue originariamente impositiva y anterior a la imputada hiperactividad de la I.G.J., para centrarse en 4.2. PRINCIPAL ACTIVIDAD EN LA REPÚBLICA, que impone cumplir con las normas para las sociedades constituídas en el país, y 4.3. EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO que no altera aquél como se señala en 4.4. CONCLUSION: EL MARCO DE LA LEY DE SOCIEDADES. En 5. FORMA DE LA ACTIVIDAD. ACTOS AISLADOS se adentra en las formas de violación de la ley. Llegando a 6. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE REGISTRACIÓN se adentra en la cuestión práctica y 5.1. EL FRAUDE A TRAVÉS DE REALIZAR ACTOS AISLADOS, y en 6. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE REGISTRACIÓN se centra la problemática, con referencias a 6.1. DOCTRINA, 6.2. REFORMA, 6.3. JURISPRUDENCIA, 6.4. 6.4. EFECTOS CONCURSALES DE ACTUACIÓN OFF SHORE, desvalorizándola y respecto a 6.5. SUCURSALES DE BANCOS EXTRANJEROS se señala la aparente incongruencia de una reciente reforma. Llegamos así a 7. LOS PROBLEMAS DEL OFF SHORE. ACTUACION DE SOCIEDAD CONSTITUÍDA EN EL EXTRANJERO, donde comenzamos a apuntar nuestra opinión, que expresamos en 7. 1 ACTIVIDAD ILÍCITA y se actualiza en 7.2. EL FALLO BUSTOS SOBRE PESIFICACIÓN Y ACTIVIDAD ILÍCITA, para concluir en alguna pregunta en 8. ACCIÓN FUTURA, sobre la legislación que pretendemos, pues como hombres de derecho podemos aceptar un cambio legislativo pero no la falta de aplicación de la ley ante situaciones de público y notorio..

El limitado espacio otorgado para las presentaciones en este Congreso y la indicación del panel como referido a "Sociedades extranjeras", impone dar por conocidos muchos presupuestos de la problemática, para tratar de centrarse en los efectos de la actividad en la República de sociedades

¹Publicado sin el Temario en "Derecho Comercial y de los Negocios II tomos, Editorial Eudeba, Buenos Aires 2007, en Tomo I Sociedades-Concursos, pág.155 a 192.

² Académico de número

constituídas en el extranjero sin cumplir los recaudos de nuestra normativa, o de actividad cumplida en el país en su beneficio.

1. LA ACTUACIÓN DE SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO.

En todo el mundo globalizado las sociedades constituídas en el extranjero intentan que se les reconozca un status similar al de las constituídas en el país.

El principio debería ser el trato igualitario. Justamente la Exposición de Motivos de la sección XV del capítulo primero de la ley de sociedades, que en los arts. 118 a 124 regula estos aspectos, señala "trató de conjugar los intereses en juego y de poner en un pie de paridad a las sociedades constituídas en el país y a las constituídas en el extranjero, tratando de no caer en un tratamiento peyorativo, ni en un trato preferencial que contradiga, en todo caso, el precepto constitucional de igualdad ante la ley".

Paradójicamente en nuestro país, quizá fruto de un pensamiento economicista que desconoció el sistema jurídico nacional, se privilegió a las sociedades constituídas en el extranjero, desde lo jurídico y lo social. Desde lo jurídico entendiéndolo que no se les aplicaba las restricciones de los arts. 302, 313 y 32 LS, ni la obligación de formalizar balances consolidados, a lo que se une la dificultad, por criterios jurisprudenciales, para citar a juicio a esas sociedades y más aún ejecutar las sentencias que se dictan contra ellas. Se privilegió la constitución y actividad de sociedades en el extranjero, aunque estuvieran destinadas a operar en nuestro país (como es por definición la SAFI uruguaya ley 11073/1948, o la panameña "one dollar corporation" Ley 32/1927, que son las llamadas "pseudo foreign corporation", y su abuso.

En lo social porque no existió una repulsa contra el uso de las mismas en fraude a acreedores o familiares, o impositivo. Cuando en el año 2003 se generó un debate en torno a cierta hiperactividad de la Inspección General de Justicia de la Nación, advertimos una gran hipocresía ante lo que era de público y notorio: cierta clase de sociedades constituídas o a constituir en el extranjero eran ofrecidas en avisos clasificados y destacados en la prensa, especialmente de Capital Federal. Esos avisos estaban destinados a ofrecer instrumentos de ocultamientos de actividades de personas domiciliadas en nuestro país que necesitaban o deseaban actuar a través de la ficción. Sorpresivamente el caso República Cromagnon sacude a la opinión pública. El repudio no nace asumiendo una política legislativa, sino del dolor, del espanto.

Si bien se puede hablar de sociedades extranjeras, refiriéndose al origen de los capitales que generan su patrimonio, o a la nacionalidad de las personas físicas o al lugar de radicación de las personas jurídicas que la controlan, nuestro objetivo es referirnos a la actuación principal en la República Argentina de las sociedades constituídas en el extranjero⁴, o a la que se cumple en el país como desarrollada en el exterior por una sociedad allí operante..

Centraremos la atención en esas sociedades, particularmente las off shore o sea que no pueden realizar actividades en el país de su constitución, que no realizan la inscripción prevista en el art. 124 L.S. sino que se limitan a expresar que realizan actos aislados o bien formalizan otras inscripciones previstas en el art. 118 L.S.. Un tema de conflicto -que no trataremos- son las homonimias de sociedades nacionales con las extranjeras⁵.

Venimos abogado por el regreso al viejo corazón del derecho comercial: a los usos y costumbres que "tenían" los comerciantes como retorno a la ética de los negocios, y a la inmediatez en la solución de los conflictos, que es hoy lo más alejado a la realidad, por el incumplimiento planificado que cunde, aprovechando la ineficiencia del sistema judicial -que nada tiene que ver con la honradez y capacitación de los jueces-, potenciado por el abuso procesal y de la actividad de sociedades off shore.

2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, SOCIEDADES Y EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS.

Siempre hemos alentado la capacidad jurídica de crear sociedades personas jurídicas a través de la autonomía de la voluntad, cumpliendo las normas previstas a tal fin.

Esa libertad sólo tenía -y tiene- como límite no afectar derechos de terceros, incluso del propio

Estado que necesita tomar una parte de los resultados de la actividad económica para asegurar el cumplimiento de sus fines superiores.

Dentro del país se ha considerado fundamental para aceptar esa capacidad jurídica la publicidad, a través de la inscripción en el Registro Público de Comercio u otros registros privados de la titularidad de las participaciones, cuotas o acciones de una sociedad, y de su organización.

O sea que los sistemas de inscripción no persiguen un fin intimidante o limitante del ejercicio de la autonomía de la voluntad, sino un fin de publicidad para evitar perjuicios a terceros, conforme la aplicación de los principios contenidos en los arts. 1197 y 1199 del Código Civil, proyectados para las relaciones de organización de las que resulta la personalidad jurídica o un fondo operativo.

Conforme una evidencia inocultable debe distinguirse entre sociedades constituídas en el extranjero que allí operan y los efectos cuando operan en el país, de las sociedades constituídas en el extranjero para operar fuera del país de constitución, particularmente en nuestro país.

Por ello es importante determinar que efectos producen las actuaciones en el país generadas por sociedades constituídas en el extranjero que omiten la inscripción correspondiente en nuestros registros públicos.

La sociedad es un recurso técnico para generar centros de imputación, no para generar irresponsabilidades o perjudicar a terceros. En el caso que la constitución de la sociedad sea una forma de dañar a terceros, se justifica la generación de responsabilidad, impidiendo incluso la generación de recursos personificantes⁶.

Como utopía, la capacidad de gestación jurídica de crear personas jurídicas y el reconocimiento de las creadas por aplicación de otros sistemas jurídicos internacionales, impone observar las Sociedades o compañías que abusan del medio técnico. Respecto a ellas debería imponerse un criterio de paternidad -identificando las personas físicas propietarias finales-, similar al que no quiere que le realicen un análisis de sangre para determinar su A.D.N. y la paternidad natural, bajo el criterio de disponibilidad de prueba o prueba dinámica, a quién no quiere exhibir la documentación de la propiedad de las acciones, su contabilidad y origen de fondos, entendiéndolo como sanción que la sociedad ha actuado en fraude a la ley, con simulación, desestimando su personalidad.

3. LA ACTUACIÓN OFF SHORE

Es de público y notorio que gran parte de las sociedades extranjeras han sido constituídas por argentinos, y es dable advertir como ex Presidentes, o funcionarios de empresas en concurso o quiebra, habitan en inmuebles o manejan costosos vehículos registrados a nombre de sociedades extranjeras, donde es muy difícil identificar a los verdaderos dueños. Sociedades que sólo tienen por objeto encubrir la actuación de sus verdaderos dueños, actuando exclusivamente en el país, aunque simulen actividades en el exterior, lo que les impondría la registración prevista en el art. 124 LS ó 118.37.

La cuestión es más ríspida en orden a la actuación en el país de representaciones de bancos constituidos en el extranjero y autorizadas a operar por el país de origen, que operan en el país a través de representaciones locales o de entidades vinculadas o controladas, usando los sistemas electrónicos para simular que las operaciones se realizan en el exterior, violando así la ley de entidades financieras a través de lo que denominamos indirect doing business⁸.

Un país que acepte estas situaciones no es confiable para las inversiones extranjeras reales, no teniendo problemas las sociedades verdaderamente constituídas en el extranjero y que vienen a operar en el país, en cumplir con requisitos de seriedad, buscando sólo que ellos sean claros y que el trámite sea expeditivo, para no encarecer el costo de la mediación jurídica.

Es hora que pensemos con criterios realistas, sin encubrir lo que es de público y notorio en vericuetos formales o de un globalismo economicista a través de los cuales se ha destruido la actividad productiva del país.

Señalamos:

a. que por operatoria "off shore" deberá entenderse a la que se practica o se simula practicar desde el exterior con un intento de marginación de la legislación interna.

b. que los efectos de esa operatoria sobre la actividad mercantil argentina es siempre negativa, cuando no nefasta y depredadora.

c. que lo más importante es determinar que efectos prevé para esa operatoria la legislación argentina.

En general es un problema del asiento físico del negocio o de la sociedad que realiza el negocio. El comercio electrónico -off shore-, la publicidad realizada desde un territorio con distinta jurisdicción al que se dirige la propaganda ha generado y genera interesantes cuestiones, ya debatidas hace más de 50 años en el caso "Piedras Negras Broadcasting Co. v. Commissioner"⁹, vinculados a la presencia física. Claro que en muchos casos, como el de la banca off shore, el asiento físico de la operación implica una violación a la ley local, generándose la apariencia contable -gracias a la transferencia electrónica de datos- que ocurre a miles de kilómetros de donde realmente estaban los clientes, simulándose su presencia.

Un caso típico de actuación off shore, evidenciado y correctamente tratado, fue el de The Cullen Station Limited, sociedad inglesa, que operaba con Sucursal en Argentina cuando la Asamblea del 12.3.73 dispuso que nunca en más se tomarían decisiones dentro del Reino Unido, ni se pagarían dividendos, ni se realizarían negocios, modificando el nombre por Estancias Cullen S.A. y constituyendo domicilio en Tierra del Fuego, entendiéndose que una sociedad ya constituida no podía constituirse nuevamente, procediéndose a conformar el cambio de domicilio.

El Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades 2005 no trata este fenómeno. Esta operatoria constituya una perversa manera de crear sujetos dentro de una jurisdicción para remitirlos como "enviados" a ejercer su actividad "fuera de casa" bajo la promesa de que podrán obtener en el país de destino un reconocimiento para poder realizar allí todo aquello que no les es permitido realizar en el país de origen¹⁰, o que no desean realizar allí para proteger el anonimato de la actuación de los socios, que son vigilados por la OCDE y por la creación del Grupo de Acción Financiera Internacional (Financial Action Task Force (FATF))

No cuestionamos a las sociedades constituidas en el extranjero, controlantes, que operan una sociedad vehículo, usada no para violar ninguna ley, sino como un supuesto de opción o de ahorro fiscal, haciéndose utilización de opciones que ofrece la ley fiscal en el contexto de la actividad económica, la autonomía contractual y las prácticas mercantiles¹¹.

4. LA PUBLICIDAD DE LA ACTUACIÓN DE SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO.

El mismo es la base de la validación de la actuación de las sociedades constituidas en el extranjero cuando se intenta exceder la mera relación contractual con un tercero, sin desenvolver negocios.

4.1. MARCO NORMATIVO E IMPOSITIVO.

No parece interesante desgastarnos sobre comentarios en torno a algunos aspectos de las resoluciones de la IGJ, por su limitada aplicación, y parece interesante mirar la realidad de como debe actuar una Sociedad constituida en el Extranjero, impositiva y registralmente, y los efectos del incumplimiento.

Desde el 19.11.2002 rige un especial régimen de información y para escribanos. Se trata de la Res. 1508 AFIP vigente desde el 23.5.03, generalizando los aplicativos que debían cumplir los escribanos para autorizar actos en que intervinieran las mismas, especialmente los de disposición, y las obligaciones de información de asesores jurídicos, contables o impositivos.

Sobre esto debería explicitarse, afrontando temas impositivos de la actuación de sociedades constituidas en el extranjero e implicancias para sus representantes que fueron anteriores a que las resoluciones de la Inspección General de Justicia desataran una polémica. Pero no es nuestra finalidad.

Un famoso paraíso fiscal, las Islas Vírgenes Británicas¹² -siguiendo a las anteriores de Bermuda y Bahamas- cediendo a presiones mundiales ha adoptado medidas para inmovilizar acciones al portador, permitiendo su conversión a nominativas.

No juzgamos las actuaciones de los entes de control de sociedades en jurisdicciones distintas a las de nuestro desenvolvimiento diario, pero nos parece saludables Resoluciones como la 7/03 de la Inspección General de Justicia que impone que las sociedades constituídas en el extranjero acrediten las modalidades de su operatoria en el mundo y las que pretenden realizar en nuestro país, para que conforme esas acreditaciones se aplique la normativa que corresponda, específicamente la del art. 124 LS.

Se trata, a la postre, que evidencien el plan de trabajo a desarrollar en nuestra República y de las tareas que cumplidas en el exterior.

Sobre la actuación extraterritorial de sociedades han existido dos grandes criterios: a. el lugar del domicilio, como sede real o establecimiento, propio del derecho europeo continental, y b. el lugar de constitución o incorporación a un registro, propio de los países anglosajones y del principio de libertad de elección del derecho aplicable¹³.

4.2. PRINCIPAL ACTIVIDAD EN LA REPÚBLICA.

Se trata del supuesto previsto en el art. 124 LS. que contiene dos hipótesis:

1ª que la sede se encuentre en el país, o sea cuando la administración o gobierno de la sociedad se desarrolle desde aquí, lo que llevaría a una doble interpretación: de una sede objetivamente en nuestro país, o a la realidad de que las decisiones se tomen desde aquí porque los socios ostensibles u ocultos se encuentran en el país.

2º que su principal objeto este destinado a cumplirse en el país, o que efectivamente se cumpla en el país. Si la realizara en diversos lugares se generaría una situación de sucursal previsto en el art. 118 apart. 3º L.S., salvo que la sede que dirigiera las actividades en otros países se encontrara en el país.

La norma del art. 124 LS ha sido interpretada como una previsión de fraude a la ley donde la norma indirecta remite a un determinado ordenamiento para que éste regule la situación jurídica evitando así puntos de conexión que carecen en absoluto de sinceridad y son efectuados con la finalidad de eludir la ley normalmente competente¹⁴.

Boggiano sostiene que se trata de una norma de policía de derecho internacional privado para defender la aplicación del derecho argentino considerando locales aquellas sociedades que actúan exclusivamente en nuestro país pese a estar constituídas en el extranjero¹⁵.

Sin duda se trata de una norma de carácter imperativo, de indubitable aplicación a la sociedad considerada off shore en sentido estricto, vedando el fraude a la ley argentina, importando una facultad de contralor de la actividad económica interna, haciendo prevalecer el orden público interno y la jurisdicción internacional de los jueces argentinos¹⁶. Autorizada doctrina y jurisprudencia mayoritaria ha entendido comprometidos principios de soberanía y control, imponiendo a las sociedades constituídas en el extranjero que pretendían incorporarse a la vida económica de la Nación su inscripción en el Registro Público de Comercio en los términos de los artículos 118 tercer párrafo y 123 de la ley 19550¹⁷.

El art. 118 1º LS otorga una norma de conflicto, y la 124 LS una de orden público o de policía interno. La norma contenida en el art. 124 de la ley 19550 más que una típica norma que sanciona el fraude a la ley, es una norma de policía de Derecho Internacional Privado, tiene carácter imperativo, resulta de aplicación exclusiva y excluyente en los casos en que se presenten cualquiera de las dos circunstancias de conexión contenidas en ella, impone la jurisdicción exclusiva y excluyente de tribunales nacionales, y la aplicación de la norma no deviene en generar una sociedad constituida en el país¹⁸.

La eficacia territorial del derecho argentino no es sólo un imperativo de la soberanía que los órganos estatales deben hacer respetar, sino que, respecto de las sociedades que deben ser consideradas locales conforme al artículo 124 de la Ley N° 19.550, sirve a la moralización de la vida empresaria y del tráfico y por lo tanto al bien común, en cuanto se orienta a que dichas sociedades se ajusten a las finalidades que la ley reconoce lícitas (artículos 1º y 31, ley citada) y fundan el derecho constitucional de asociación (artículo 14 de la Constitución Nacional); previene asimismo la interposición de personas y es uno de los medios de limitar la eventual legitimación de

activos de origen ilícito y la posibilidad de infracción a normas tributarias (de la Res. 7/2003 IGJ).

Obviamente que una sociedad constituida en el extranjero que no puede desarrollar su actividad en el país de constitución, por el tipo elegido (SAFI uruguay) no puede pretender inscribirse en el país en los términos del art. 118 LS., salvo que acredite fehacientemente tener su actividad principal en un tercero país.

4.3. EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

La cuestión impone una interpretación congruente con las disposiciones de derecho internacional privado que recepta nuestra legislación. La Convención de Viena de 1969 determina en el art. 27 la prevalencia del ordenamiento internacional sobre el interno. Los Tratados de Montevideo de 1880 y 1940 hacen referencia al domicilio comercial, y la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles de Montevideo de 1979 (CIDIP II) establece su aplicación a las sociedades constituidas en cualquiera de los Estados partes, refiriendo que existencia, capacidad y funcionamiento se rigen por la ley del lugar de su constitución. Pero ello no excluye que el reconocimiento de tales sociedades este sujeto a la comprobación de la existencia de la sociedad conforme la ley del lugar de su creación (art. 3º), ni aceptadas normas de ese lugar que se consideren manifiestamente contraria al orden público del país de actuación (art. 7º), o cuando la sede efectiva de la administración central se encuentra en otro Estado, el cual podrá obligar a cumplir con los requisitos establecidos en su propia legislación para las sociedades constituidas en el país (art. 5º). A fortiori el art. 6º dispone "Las sociedades mercantiles constituidas en un Estado, para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en su objeto social, quedarán sujetas a los órganos jurisdiccionales del Estado donde los realizaren", que no es ni más ni menos que la problemática de las sociedades off shore a la que referimos, que también es enmarcado en el art. 4º "Para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social de las sociedades mercantiles, éstas quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizare. La misma ley se aplicará al control que una sociedad mercantil, que ejerza el comercio en un Estado, obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado". En nada se afecta el art. 124 LS por las normas de estos Tratados. Por ley 24090 la República ratificó la Convención sobre reconocimiento de la personería jurídicas de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones extranjeras, conforme a lo ocurrido en la Séptima Sesión de la Confederación de La Haya sobre Derecho Internacional Privado de 1956, que determina el reconocimiento pleno de la personalidad otorgada por otro país, pero -además de no haberse cumplido los requisitos para su vigencia- el art. 2º condiciona el reconocimiento en el Estado cuya legislación tome en cuenta la sede real, como equivalente al lugar en que haya establecido su administración central, que conforma al art. 124 LS.

Se genera un neto cambio de rumbo entre 1889 y 1940 en los Tratados de Montevideo, pues originariamente se imponía un mero criterio cualitativo "para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos", para ingresar en 1940 en el criterio del acto aislado ajeno a la habitualidad, con recepción de un criterio cuantitativo-cualitativo en su art. 4º "el carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que le corresponda. Más, para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intente realizar dichos actos". Pero conforme la CIDIP II que mantiene el criterio cualitativo, éste se aplica a las sociedades domiciliadas en Bolivia y Colombia y las sociedades constituidas en Paraguay, Perú, México, Guatemala, Venezuela y Uruguay¹⁹ a las que nos estamos refiriendo específicamente-.

El proyecto de Código de Derecho Internacional Privado que se encuentra en análisis en nuestro país, establece sobre el punto: "Art.54. Sociedades. Establecimiento en el país. Para instalar establecimiento en el país, las sociedades constituidas en el extranjero deben acreditar su existencia de acuerdo con la ley del lugar de constitución, fijar un domicilio en la República, designar la persona que las representa y cumplir con la publicación y registración ante la autoridad

pertinente. Si se trata de sociedades comerciales, deben cumplir con la publicación e inscripción exigidas para las sociedades de tipo similar que se constituyen en la República. Si la sociedad comercial constituida en el extranjero lo ha sido bajo un tipo desconocido por las leyes de la República, la autoridad judicial o administrativa que tiene a su cargo la inscripción determinará las formalidades a cumplir en cada caso, con sujeción al criterio de razonable analogía. Las sociedades constituidas en el extranjero que no tengan establecimiento en la República, se hallan habilitadas para realizar en el país actos jurídicos y para comparecer en juicio sin que sea necesaria registración o publicidad. Art. 55. Efectos de la falta de inscripción. El incumplimiento por una sociedad comercial de la publicidad e inscripción establecidas en el artículo 54 hace inoponible el contenido del contrato o del estatuto social a los terceros domiciliados o residentes en la República por los actos realizados en ésta, a menos que el tercero haya conocido aquellos o que, de acuerdo a las circunstancias del caso, haya debido conocerlos. La inoponibilidad establecida en el párrafo precedente hace imputables los actos a quien haya actuado invocando hacerlo por la sociedad comercial no inscrita. Hasta que cumpla con la inscripción, ésta no podrá ejercer derechos contra terceros, salvo que pruebe que el tercero haya conocido el contenido del contrato o del estatuto social o que, de acuerdo a las circunstancias del caso, haya debido conocerlos".

Como se advertirá frente al reconocimiento del principio de constitución, juega otra regla básica: el de la sede o desarrollo de la principal actividad. Y por definición doctrinaria la sociedad constituida en el extranjero pero destinada a cumplir actividades off shore, sociedad off shore, debe ser sujeto de aplicación de la norma del art. 124 L.S..

4.4. CONCLUSION: EL MARCO DE LA LEY DE SOCIEDADES.

No debemos ser ambiguos ni formalistas. El sistema de reconocimiento a las sociedades constituidas en el extranjero, se basa en el art. 118, pero ello en cuanto no se haya constituido así para realizar su principal objeto o tener su sede en la República, en cuyo caso "será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de su constitución".

No puede pensarse en que el legislador (o la política legislativa) esta destinada a violar derechos en el territorio de la República, otorgando mayores derechos a las sociedades constituidas en el extranjero que a las nacionales. Y si desarrollan sus actividades en el país no pueden quedar inmunes al derecho argentino, sea para dificultad su citación -conforme la cuestionable jurisprudencia generalizada- o a encontrarse que no se sabe quiénes son responsables de actos perjudiciales²⁰.

De allí la solución del art. 124 que impone sin duda conocer los verdaderos socios de la sociedad, entre otros recaudos.

Lo fundamental es la inscripción como publicidad a favor de terceros en todos los supuestos de actuaciones en el país de sociedades constituidas en el extranjero, que en ciertos supuestos podría formalizarse a través de simples formularios identificatorios, sin perjuicio de otros requerimientos cuando se trate de otro tipo de actuaciones²¹.

5. FORMA DE LA ACTIVIDAD. ACTOS AISLADOS.

No es fácil determinar que son "actos aislados", pues la ley lo hace en plural y no simplemente "acto aislado". Ello impone un debate doctrinario que se anticipe a la inseguridad de las resoluciones judiciales dispersas²².

Obviamente que actos aislados implica la posibilidad de varios actos, pero al mismo tiempo descarta la "actividad", que supone actos concatenados, o la habitualidad.

Actividad es una forma de darse la exteriorización de una organización de empresa.

El art. 118 L.S. distingue:

- 1° Actos aislados
Estar en juicio
- 2° Ejercicio habitual
Establecer sucursal
Establecer asiento

Establecer representación.

Actos aislados es contrario a actividad y habitualidad. Supone sede y administración en el exterior.

Un tema importante es como considerar la presentación por sociedad constituida en el extranjero en licitaciones o concurso internacional. Hasta la fecha se ha intentando considerarlo un acto aislado, enfrentando la realidad que resulta de adquirir los pliegos, realizar estudios preparatorios inclusive contratando personal especializado o trayéndolo al país, con contratación de consultorías y estudios jurídicos, contables e impositivos, la ubicación y negociación con socios locales, formalización de lobbys, contactos gubernamentales, etc. que configuran importantes inversiones²³.

Respecto a la adquisición de inmuebles, se ha intentado marcar la diferencia entre la protección del tráfico local en el caso del art. 118 3º párrafo, en contraste con sólo el conocimiento de la identidad de la sociedad social en el caso del art. 123 LS, que excluiría la aplicación a este supuesto del art. 124 señalándose el diferente tratamiento en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del año 2002, donde en el art. 52 2º párrafo, en lugar del actual art. 124, se dispone que "las personas jurídicas de derecho privado y las sociedades cuyo objeto se desarrolle exclusivamente en la República deben constituirse en el país", excluyéndose en el art. 60 esa aplicación a supuesto de participación en sociedad y adquisición de inmuebles²⁴.

Claro que las interpretaciones sobre el art. 124 no siempre son coincidentes, debiendo entenderse que la sede social que refiere es la efectiva y no la estatutaria, que al indicar al principal objeto se refiere a explotación o actividad, y no al objeto estatutario, y si la misma es principal o no resultará de criterios valorativos diversos²⁵.

El Anteproyecto del 2003 introduce cambios en la regulación y reemplaza la expresión "actos aislados" por "actos jurídicos", suprimiendo la expresión "ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social", lo que lejos de aclarar puede generar mayor confusión²⁶. Tanto "actos aislados", como "actos jurídicos" son expresiones sincategoremáticas, pues no aparecen con una definición que permita determinar a que se refieren e imponen interpretaciones disímiles.

Conforme al carácter de orden público del régimen de la actuación extraterritorial de las sociedades constituídas en el extranjero y las consecuencias legales que le correspondan, se considera que no puede quedar exclusivamente librado a manifestaciones de las partes en el acto de que se trate la calificación de acto aislado, pues si esa calificación no fuera veraz, ello implicaría la frustración e ineficacia práctica del régimen legal instituido y la consagración de un tratamiento desigual con respecto a los negocios locales, en orden a la publicidad de su actuación, disparidad que el legislador ha prevenido con las normas de los artículos 118, párrafo tercero y 124 de la Ley N° 19.550, sosteniendo en doctrina la pertinencia de que la IGJ reclame la inscripción a una determinada compañía que actúe habitualmente sin ella²⁷, así como, con respecto al artículo 124 de la Ley N° 19.550, que medie resolución declarativa del encuadramiento de la sociedad en dicha norma y emplazamiento para que la situación sea regularizada²⁸.

En el caso "BRYCE SERVICES CORP." la IGJ dictó la resolución del 5 de Agosto de 2004, en la que se determinó que la sociedad extranjera "BRYCE SERVICES CORP", constituida en las Islas Vírgenes Británicas, adquirió el día 20 de Mayo de 2002, la cantidad de 19 propiedades inmuebles con sus 25 unidades complementarias, siendo el día 28 de Julio de 2004 - esto es, hace exactamente una semana - titular de 16 unidades con 23 unidades complementarias, en un importante edificio sito en la Ciudad de Buenos Aires. Así se avocó a determinar si la compra de uno o varios inmuebles por parte de una sociedad extranjera puede ser considerada como un acto aislado, en los términos del segundo párrafo del artículo 118 de la ley 19550, como parece entenderlo la aludida sociedad extranjera y su representante en la República Argentina, o si, por el contrario, se trata de una actuación que impone la inscripción de dicha entidad en los registros mercantiles locales, en los términos del artículo 118 in fine de nuestro ordenamiento societario. Se sostuvo que atento la parquedad que ofrece la ley 19550 sobre el tema, resultaría imposible establecer un criterio uniforme, aplicable a todos los casos en que una sociedad extranjera adquiere un inmueble en el país²⁹, como principio general, tal actuación impone la registración de dicha entidad en el Registro

Público de Comercio en los términos y con los efectos previstos por el artículo 118 de la ley 19550. Se basó en la doctrina que predica que la calificación de un acto jurídico celebrado por una sociedad extranjera como "acto aislado" no puede medirse exclusivamente desde un criterio cuantitativo³⁰, pero habida cuenta el fundamento que inspira la obligación de las sociedades extranjeras de inscribirse en los registros mercantiles locales, basada en principios de soberanía y control, que exceden el ámbito de interés económico de aquellas que se vinculan con aquellas, entendiéndose la IGJ que es de toda evidencia que la apreciación de una actuación aislada de un ente societario foráneo en nuestro país debe ser necesariamente restrictiva³¹, entendiéndose que no corresponde calificar como "acto aislado", la actuación de una sociedad extranjera que implique un determinado grado de permanencia en nuestro país, como lo es, al menos como principio general, la adquisición de inmuebles, máxime cuando, como ha sido acreditado en autos, la finalidad de tal adquisición ha sido el alquiler o la comercialización de los mismos. Ante alguna doctrina nacional que entiende que la utilización del plural por parte del artículo 118, segundo párrafo de la ley 19550, cuando se refiere a la realización de "actos aislados" por la sociedad constituida en el extranjero, autorizaría a no restringir la capacidad de la misma a la realización de una sola operación en el país³², la IGJ ha entendido que lo que el legislador ha querido manifestar, al redactar aquella norma en la forma como lo ha sido, consiste en eximir de la carga de la registración mercantil a las entidades extranjeras que vienen esporádicamente a la Argentina a realizar operaciones comerciales, sin crear otros vínculos jurídicos que aquellos que se derivan del acto celebrado, lo cual no es aplicable al caso en análisis, donde una sociedad extranjera, constituida en un paraíso fiscal adquirió en un mismo acto 19 unidades y 25 complementarias en un mismo edificio, a los fines de su posterior locación a terceros o futura comercialización. Se apuntó que la doctrina mayoritaria de nuestro país considera aún vigente el fallo plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 30 de Octubre de 1920, que negó la posibilidad de adquirir inmuebles como si se tratara de actos aislados³³, receptando idéntico criterio el Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales que se encuentra en pleno debate en nuestro medio, cuyo artículo 123 expresamente dispone que la compra de inmuebles en el país obliga a la sociedad extranjera adquirente a inscribirse en el Registro Público de Comercio, sin formular salvedades o excepciones a esa previsión.

5.1. EL FRAUDE A TRAVÉS DE REALIZAR ACTOS AISLADOS.

Se detectó una clara actuación en fraude a la ley y a terceros motivando la Resolución de la IGJ de Agosto 30 de 2004, sobre una SAFI uruguaya, que compra varios inmuebles. Allí se dispuso librar oficio a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, sobre si el abogado Manuel Pallasá tiene abierta causa ante la justicia penal en Buenos Aires, en relación a varios inmuebles, determinándose que " hasta diciembre de 2002, la propietaria se llamaba Rawlex SA y desde diciembre de 2002 hasta la fecha Nambil SA. ... el Dr. Manuel Pallasá "... le vendió el inmueble a Rawlex Sociedad Anónima, hace aproximadamente dos años y medio y que él dijo que vendió para irse del país. Por último, agrega que no administra ningún otro inmueble a nombre de Nambil Sociedad Anónima" . "surge la existencia de catorce (14) causas penales en las cuales Manuel Pallasá reviste el carácter de imputado..". Se designó como representante legal de la casa matriz y presidente de la sucursal de Rawlex SA en la República Argentina al Dr. Manuel Pallasá... Resulta plenamente aplicable la idea expuesta por Vélez Sarsfield en la nota al artículo 3136 del Código Civil, cuando sostuvo que "Sería un deshonor de la ley que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que esta triunfara", por lo que se resolvió: Artículo 1º: Disponer la inmediata promoción de la acciones judiciales de nulidad por simulación e inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades "Nambil Sociedad Anónima" y "Rawlex Sociedad Anónima" a los fines de imputar sus actuaciones y su patrimonio al controlante de las mismas, el abogado Manuel Pallasá.

Sobre el abuso de actuación de sociedades constituidas en el extranjero, bajo el pretexto de hacer un ACTO AISLADO, además del precedente, la IGJ, ha dictado otras resoluciones como las del 29 de julio de 2004 correspondiente a la sociedad denominada "EL PACIFIC GROUP

SOCIEDAD ANONIMA", y "MANOL INMOBILIARIA S.L."; las del 5 de Agosto de 2004 en relación a la sociedad "LA MIRAGUAYA SOCIEDAD ANONIMA", "L.G. PHILIPS DISPLAYS BRASIL LIMITADA".

En el caso Bolton Group S.A., la I.G.J. por resolución del 21.4.05 intimó a dicha sociedad a cumplir con los requisitos dispuestos por el art. 8 de la res. 2/05, considerando que la inscripción que ostentara dicha sociedad en la Inspección de la Pcia. de Chubut había sido efectuada a los únicos fines de evitar el control ejercido por la I.G.J. de la Capital Federal.

6. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE REGISTRACIÓN.

Nos centramos en el efecto práctico del incumplimiento.

6.1. DOCTRINA. Alguna doctrina determina que la actuación sin la correspondiente inscripción implica considerar a la sociedad constituida en el extranjero como irregular en el supuesto del art. 124 LS, con los efectos propios de ello³⁴, se amplía así la legitimación pasiva: responsabilidad solidaria e ilimitada por parte de los socios o accionistas de ésta, y de quienes actúen en su nombre, por los actos cumplidos por la sociedad en la República, sin poder invocar el beneficio del art. 56 L.S.. Claro que es dudoso que se pueda individualizar los efectivos socios o accionistas. En igual sentido Kaller de Orchansky para el supuesto de aplicación del 124 LS.

Rovira sostiene la aplicación del art. 16 LS, nulidad parcial o total, que parece adecuada para los supuestos del art. 123 LS o sea de participación en sociedades locales, también sostiene que de no inscribirse los terceros pueden prevalerse de ello para repeler las acciones de los socios que se funden en la existencia de dicha sociedad.

Benseñor esta en contra de la tesis de la inoponibilidad, por la invocabilidad del sujeto de derecho. No generaría una falta de legitimación, pues generaría un enriquecimiento sin causa del tercero.

Nissen sostiene la inoponibilidad de la actuación de la sociedad constituida en el extranjero cuya actividad esta destinada a cumplirse en la República Argentina, aplicándole las soluciones previstas por el art. 54 de la L.S. en el sentido de la inoponibilidad e ininvocabilidad frente a terceros del acto sujeto a inscripción o la actuación del sujeto de derecho cuya matriculación es requerida³⁵.

Entre los efectos que generaría la violación a la inscripción cuando se exorbita la mera realización de actos aislados por sociedades constituidas en el extranjero se apunta a la liquidación de los bienes y operaciones de la sociedad en el país conforme el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 4º de la Resolución IGJ 8/2004, entendiéndose que la misma debería consistir en la pretensión de declaración judicial de la ineficacia del acto por inoponibilidad a terceros³⁶, La sanción se aproxima a la que sostendremos más adelante.

6.2. REFORMA. El Anteproyecto de reforma y Proyecto del año 2005 (Res. MJDH 112/01) impone que la sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede o su objeto principal en la República será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución, y mientras mantenga el incumplimiento: "torna inoponible el contrato o estatuto a los terceros con relación a los actos cumplidos en la República. Mientras subsista el incumplimiento no podrá ejercer contra terceros derechos fundados en hechos o actos realizados en la República. Por esos actos o hechos que precedan a la inscripción responden solidariamente quienes hayan actuado en nombre de la sociedad". Si tiene la principal actividad o sede en la República, no inscriptas como tal serán de aplicación los efectos establecidos en el art. 119. Inoponibilidad contrato y falta de legitimación activa transitoria.

6.3. ALGUNA JURISPRUDENCIA. Los efectos del incumplimiento pueden generarse por actuación sin inscripción registral o con inscripción inadecuada.

Ante la acción contra un tercero, la CNCivil Sala A en el año 1968 en caso Trans American Aeronautical Corporation c/ Baiocchi, aceptó la procedencia de la acción de la sociedad no inscripta en el país, constituida en el extranjero, no considerándola irregular.

La CNCivil Sala F de fecha 5 de junio de 2003 en la causa "ROLYFAR S.A. c/ Confecciones Posa S.A.C.I.F.J. s/ Ejecución hipotecaria", acreditó que esa sociedad operaba sin inscripción alguna en el país so pretexto de ser un acto aislado el préstamo con garantía hipotecaria, aceptando la inhabilidad del título por falta de legitimación substancial del acreedor y que "tal omisión, que resulta de suma trascendencia por tratarse de una norma de orden público", mencionando "la idea expuesta por nuestro Codificador, en la nota al art. 3136 del Código Civil cuando destaca que sería un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que esta triunfara". La Cámara analizó la concepción de acto aislado, y ante la acreditación de numerosos actos semejantes se pronuncia "con criterio realista y restrictivo" para entender que se había marginado el sistema jurídico argentino en torno a la actuación en el país de sociedades extranjeras. La Corte dejó sin efecto estas resoluciones por razones formales, sin ingresar a la cuestión de fondo.

Se dispuso la ineficacia de un mutuo con garantía hipotecaria en Cinelli, Nicolasa c/ Dispan S.A. s/ Nulidad de acto jurídico ordinario en sentencia firme del Juzg. Civil N° 91 del 11.8.2003, por cuanto importa "un acto realizado fuera del marco de la ley", atendiendo a que "la sociedad no había cumplido los requisitos aludidos, esto es, sin encontrarse habilitada para tal actividad, la cual fue llevada a cabo fuera del marco legal respectivo", y considerando que la inoponibilidad "es la sanción de ineficacia de los actos jurídicos establecida por la ley, cuya protección se dirige a los terceros, pero no a los penitus extarrei, sino a los terceros interesados, detrás de los cuales se ampara un interés general, consagra la ineficacia y deja sin efecto la inscripción del gravamen..

La acotación de la actividad de las sociedades constituidas en el extranjero no inscriptas llega con la exigencia de inscripción en el caso de participaciones en otras sociedades locales, disponiendo la ineficacia del voto en la sociedad participada, y la nulidad de sus resoluciones si no supera la prueba de resistencia, como se señala en el fallo de la CNCom. Sala A de fecha 11 de agosto de 2003 en la causa "IGP c/ Proquifin Argentina S.A. s/ organismos externos".

Según alguna jurisprudencia los efectos son temporales, pues la causa se vuelve abstracta si se inscribe durante la tramitación del juicio³⁷.

6.4. EFECTOS CONCURSALES DE ACTUACIÓN OFF SHORE.

Una sentencia del Juzg. Com. N° 9, Sec. N° 18, en la causa 78852 "SERVICIOS Y CALIDAD S.A. S/ ACUERDO PRECONCURSAL, en Buenos Aires, 8 de Octubre de 2003, al resolver la no homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, en realista fallo, en torno al crédito a favor de una sociedad extranjera, que había votado a favor, se refirió a un "PRESTAMO SIN TRANSFERENCIA" por \$ 1.000.000, en monto significativo para alcanzar la mayoría de capital invocada por la deudora, una sociedad uruguaya no inscripta en el país en los términos del art. 118 ley 19.550, sin que conste en modo alguno su capacidad crediticia ya que solo se verificó la existencia de un contrato de mutuo pero no el comprobante de la debida transferencia internacional de los fondos, para así resolver. Aún tramita en la justicia cordobesa el cuestionamiento a un acuerdo logrado a través de una propuesta heterónoma (art. 48 L.Q.) por una sociedad extranjera sospechosa.

6.5. SUCURSALES DE BANCOS EXTRANJEROS.

Con falta de política legislativa y en momentos que en doctrina se hablaba de la responsabilidad de las entidades financieras³⁸, se dictó la ley 25.738 (B. O. 3 de junio de 2003). Conforme a su art. 1° "Establécese que las entidades financieras locales de capital extranjero y las sucursales de entidades financieras extranjeras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, deberán poner en conocimiento del público en general, los supuestos en los que sus casas matrices o grupo accionario mayoritario de capital extranjero responden por las operaciones bancarias realizadas en la República Argentina y el alcance de dicha garantía".

Resultaba ya que las sociedades controlantes radicadas en el exterior no respondían normalmente de las operaciones de las sociedades locales. Lo que en cambio resulta novedoso es que la sociedad extranjera no responda por las operaciones de sus sucursales³⁹, contrariando

abiertamente el sistema actual. La sucursal no es una persona jurídica, tiene un grado ínfimo de independencia patrimonial y subjetividad, pero no es una nueva sociedad, como lo es la sociedad nacional totalmente controlada por una sociedad extranjera. Al asignársele capital sólo se privilegia a los acreedores locales en caso de quiebra, pero no se limita la responsabilidad de la matriz.

¿Se habrá modificado ahora el sistema general en orden a las sucursales de bancos extranjeros, o lo que la ley querrá decir es que los acreedores nacionales tienen privilegio en orden al capital asignado a la sucursal como lo es hasta ahora? ¿O se habrá personificado a la sucursal, creando un nuevo tipo social?

Parecería una respuesta a la posición de Otaegui⁴⁰ sobre lo que el llamaba "grupo de jactancia", conformado por los que la publicidad exteriorizaba hacia los consumidores de servicios bancarios generando responsabilidad de los controlantes externos: "En el supuesto de no proceder dicha responsabilidad, las entidades mencionadas deberán obligatoriamente dejar establecido que sus operaciones bancarias no cuentan con respaldo alguno de sus casas matrices o grupos accionarios mayoritarios de capital extranjero"(completa el art. 1º). Y conforme al aspecto de la publicidad, casi reglamentariamente la ley dispone en el ARTICULO 2º las características de esa publicidad.

No tenemos dudas que esta ley no puede pretender aplicación retroactiva, ni modificar los supuestos de asunción de deudas o de imputación. Las responsabilidades generadas se mantendrán, y las que se acrediten por actuación abusiva⁴¹ o ilícita⁴² impondrán las imputaciones y responsabilidades por los daños causados, cualquiera que sea los condicionamientos que surgieran de la declaración de las controlantes extranjeras o de su publicidad, incluso con esta ley.

Se sigue informando por diarios financieros argentinos que continua la exportación de capitales de Argentina hacia casas bancarias en el exterior vinculadas a controladas o sucursales nacionales, o a través de la actividad de representaciones locales, en lo que hemos llamado indirect doing business⁴³, que implicaría -ante actuaciones que son de público y notorio- una actividad claramente ilícita, no para el cliente sino para la entidad o entidades que la practican.

7. LOS PROBLEMAS DEL OFF SHORE. ACTUACION DE SOCIEDAD CONSTITUÍDA EN EL EXTRANJERO⁴⁴

Se ha marcado por la comunidad internacional los riesgos de la actuación off shore de sociedades por la falta de regulaciones y supervisión de personas jurídicas e instituciones financieras, impidiendo conocer quiénes son los administradores y beneficiarios últimos, inidentificación de los clientes de entidades financieras, excesiva protección del secreto financiero e ineficiencia de los sistemas de comunicación de operaciones a las autoridades de control⁴⁵.

En el tema que divide a la doctrina sobre efectos o sanciones a una sociedad constituída en el extranjero que actúa violando disposiciones, nos apartamos de ella, pues si alguien actúa violando el sistema jurídico, realiza actividad ilícita y sería aplicable el art. 19 LS.

La cuestión es más clara en orden a la actuación en el país de representaciones de bancos que son sociedades constituídas en el extranjero y autorizadas a operar por el país de origen. Están violando las normas del art. 118.3, y quizá la del 124 LS, y si lo son de actividades financieras o aseguradoras debería inclusive intimarlas a cesar con noticia al Banco Central, Seguros, Radiodifusión referidas a titulares de un "medio de comunicación"⁴⁶

7.1 ACTIVIDAD ILÍCITA

Veamos los fundamentos de calificar como ilícita dicha sanción a recaer en las sociedades constituídas en el extranjero que violan indubitablemente el orden público jurídico nacional.: la sociedad off shore o la sociedad que explota empresa necesaria de autorización para sociedades que operan en el extranjero.

La actividad ilícita esta sancionada⁴⁷, y es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse en su repetición, como actividad ilícita: p.ej. la actividad de intermediación financiera no autorizada⁴⁸. En muchos casos, como en el caso Romeo⁴⁹, el Tribunal imputó la responsabilidad del Directorio, como accionistas controlantes de la Institución

Bancaria que creo una mesa de dinero, como banca de hecho.

Se impone referirse a que puede considerarse "actividad ilícita" a los fines de la aplicación del art. 19 LS., verdadera pena civil por un grave desvío en el uso del recurso técnico societario. Es una forma de desestimación de la personalidad por nulidad.

El art. 19 LS implica una verdadera pena, pues no sólo dispone la liquidación de oficio y la responsabilidad de socios y administradores, sino la pérdida del remanente de liquidación, sólo permitiendo la inversión de la prueba del socio de buena fe para desinclinarse y evitar esas sanciones.

Alfredo Orgaz conceptualizando el acto ilícito expresa: "el acto ilícito es todo acto contrario al derecho objetivo, considerado este en su totalidad, esto es, no en relación a una determinada norma de derecho sino al conjunto de la legislación"⁵⁰. Consideramos aplicable esta concepción a la actividad ilícita. Ella debe ser contrastada con el conjunto de la legislación, generado ilicitud no solo la actividad contraria al derecho objetivo sino también la actividad prohibida.

Fargosi⁵¹, uno de los firmantes del proyecto de la ley 19.550, señaló al respecto: "... el limitar la consideración al objeto ilícito... significa, por la pasiva, dificultar el perseguimiento y sanción de aquellas sociedades que, cumpliendo formalmente con el requisito del art. 1655 C.C., sustancialmente frustran la finalidad de licitud que se consustancia con la noción genérica del acto jurídico, a tenor de los arts. 944, 953 y concordantes del C.C.- Esa es la razón de ser del art. 19, aun cuando en una lectura ligera, superficial y prescindente del contexto general del orden jurídico, pueda aparecer como no conjugado con axiomas preestablecidos"

Centrando la discusión, Fargosi enfatiza: "Corresponde a Ascarelli el haber introducido una noción de actividad enderezada a integrar la teoría general de los negocios jurídicos.- Señaló este autor que "actividad no significa acto, sino una serie de actos coordinados entre sí para una finalidad común" y cuya valoración debe ser hecha autónomamente, o sea, independientemente de la que corresponda a cada uno de los actos individuales, singularmente considerados... Obviamente la actividad se presenta como un comportamiento que debe ser continuado y orientado... La valoración de la actividad, entonces, debe responder a criterios axiológico-jurídicos, sea para reprimirla o para permitirla..." De este modo⁵² cuando en un supuesto concreto se trate de establecer si se configuran actividades ilícitas subsumibles en el dispositivo a que nos referimos, la valoración debe ser hecha objetivamente y teniendo en vista sí, por con conjunto de actos teleológicamente vinculados y coordinables entre sí, se persigue una finalidad antijurídica. Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto⁵³. Los actos tienen autonomía de la actividad como conjunto, y pueden ser en sí mismos ilícitos o no (arts. 502, 953 y concordantes CC). La sucesión de actos coordinados entre sí y orientados en una finalidad o funcionalidad común representan la actividad, que a su vez puede ser lícita o ilícita con independencia relativa de los actos que la componen.

Obviamente la antijuridicidad, que es presupuesto de la sanción prevista por el art. 19, debe ser referida -lo reiteramos- respecto del derecho objetivo en su totalidad, cualquiera de sus áreas o sectores sea el lesionado. En el ámbito civil⁵⁴, y como siempre se ha señalado, cuando la conducta no se ajusta a la previsión normativa (en el caso no ya el objeto formalmente lícito sino la licitud de las actividades), se impone una sanción, que nada obsta a que sea de naturaleza represiva. En el caso lo que se trata de impedir es que las sociedades mercantiles sean utilizadas en detrimento del orden jurídico, aprehendido en su completividad..."

Betti⁵⁵ remarca esa concepción de la ilicitud. Sostiene que frente a la autonomía de la voluntad, la legislación puede reaccionar de dos maneras: con indiferencia o con una actitud normativa; en este último supuesto, la misma puede ser positiva o negativa; en el supuesto de atribución de eficacia positiva, se confiere a los particulares una competencia dispositiva que puede estar condicionada por el derecho al cumplimiento de ciertas cargas y a la actuación dentro de ciertos límites, fuera de los cuales se configura el negocio ilegal; si la norma atribuye trascendencia negativa al negocio se genera la ilicitud. Petrocelli⁵⁶ distingue entre actos que no van contra el derecho, sino que no van por el camino por donde obtiene la protección del derecho. Y en tal categoría encuadramos a las sociedades constituídas en el extranjero que no cumplen con la

obligación de inscribirse, o a las que actuando en el país violan el sistema normativo argentino simulando haber realizado las operaciones en el exterior.

¿Cuánto de actividad ilícita debe cumplir una sociedad para que sea aplicable el art. 19 LS? El indirect doing business cumplido por la actividad financiera en el año 2001, y que se sigue desarrollando, tipifica la actividad ilícita? Es una clara actividad off shore practicada por o a favor de sociedades constituídas en el extranjero.

La cuestión tiene dos facetas: la actuación territorial de sociedades no inscriptas a través de sistemas electrónicos y la actividad financiera ilícita. A nuestro entender cada una de ellas, independientemente, autoriza la calificación de actividad ilícita y las sanciones consiguientes.

Este es un tema central que debe dilucidar la doctrina para no volver letra muerta la ley y con una posición ambigua autorizar la cada vez más inescrupuloso uso de las sociedades, o del uso de la electrónica para simular que un acto ha sido hecho en el exterior.

La doctrina es terminante en que un acto aislado no es suficiente, salvo que ese acto aislado sea de magnitud (o complejo, al implicar una serie de actos). Se requiere habitualidad en la operatoria o una serie repetida de actos, con cierta frecuencia⁵⁷, como se señala.

Un ejemplo lo determina una sociedad que opere -a sabiendas de sus administradores- en cesación de pagos: ¿Cuanta habitualidad en la operatoria o una serie repetida de actos se requiere⁵⁸ en insolvencia, o para considerar concatenadamente los actos en cesación de pagos sin asumirla públicamente pero ya advertida internamente, para que esa actividad sea considerada ilícita?.

Como debe considerarse la actividad de una SAFI uruguaya, que no acredita otra actividad que la compra de un campo en la República Argentina, campo que es explotado por alguien? Sin duda se ha marginado la disposición del art. 124

7.2. EL FALLO BUSTOS SOBRE PESIFICACIÓN Y ACTIVIDAD ILÍCITA.

La cuestión de la actividad ilícita toma nuevo horizonte frente al voto del Ministro Zaffaroni en el fallo de la Corte sobre pesificación dictado el 26 de octubre de 2004, al ordenar al Procurador la investigación de un presunto complot acaecido alrededor del 2001.

Coherente con ello, en la causa "Ballester Rolando Alberto y otros c/ Viparita S.A. s/ sumario" la Cámara Comercial de la Capital, con fecha 23 de junio de 2004, confirmó el sólido fallo de primera instancia (de fecha 3 de abril de 2001, Juzgado n° 11 a cargo del Dr. Bargallo, sec. N° 21), que dispuso aplicar las previsiones del art. 19 de la ley de sociedades por actividad ilícita.

Ese fallo sobre actividad financiera ilícita y las circunstancias tienen varias connotaciones que califican lo que venimos expresando en torno a como calificar una actividad de ilícita:

1. La determinación de que se trata de un tema de interés público, cuando no de orden público, por lo que el Tribunal puede actuar de oficio, lo que indirectamente señala en torno a la legitimación activa.

2. Respecto al tema de la actividad ilícita en sí mismo, determina las diferencias entre acto y actividad; que esta no necesita ser genética, sino que la sociedad puede asumir posteriormente una actividad ilícita, no necesariamente total sino de importancia en la genérica que desarrolla.

3. Que no se trata de actividad prohibida, regulada por el art. 20 LS.

La antijuricidad se objetiva y la responsabilidad es automática.

En su voto en el caso Bustos, el Ministro Zaffaroni, no en aspecto cuantitativo que ha llenado de esperanzas a los ahorristas con depósitos menores a los 70.000 dólares, sino en la posible existencia de un complot, pasa los antecedentes al Procurador para que investigue: "En efecto, una ley que asegura esa intangibilidad casi en vísperas del agotamiento de un proceso traducido en insolvencia y cuya situación no podía ser desconocida para los técnicos que intervenían (complot o negocio financiero), aunque la desconocieran los legos en materia económica, se aproxima mucho a la preparación de una defraudación de proporciones colosales.... Algunos observadores importantes de la economía mundial, como Joseph Stiglitz, señalan maniobras financieras internacionales en perjuicio de otros países que presentan características que parecen bastante similares... Por ello, corresponde extraer testimonio de la presente sentencia y remitirlo al señor Procurador General, para que en su ámbito y con el equipo técnico idóneo, proceda a investigar la eventual

responsabilidad penal de los técnicos que intervinieron en el proceso productor del estado de necesidad mencionado y en especial en la citada ley, quienes no podían ignorar la situación y contexto en que la misma se sancionaba. Sería inadmisibles que los tribunales sometiesen a juicio al estafador que vende al incauto una máquina de fabricar dólares y que no se pudiese en movimiento frente a quienes pretendieron venderle el ingenio a toda la sociedad argentina".

No hay duda que aquí se desenvuelve la hipótesis de un complot, de personas que "intervinieron en el proceso productor del estado de necesidad mencionado".

¿ Que pistas podemos encontrar en torno a ese proceso productor del estado de cosas y las personas intervinientes? ¿Qué sentido tiene el pensar en ello? Fundamentalmente en que si ese proceso fue inducido, probablemente en forma dolosa, los responsables deben responder por los daños, inmediatos y mediatos, causados, inclusive podría llegar a determinarse que alguna sociedad comercial realizó actividad ilícita, lo que presentamos como hipótesis.

Vinculamos lo que pueda investigarse en el proceso que se abrirá, a lo que en fallos posteriores los Tribunales y la Corte pudieran decidir teniendo en cuenta las "circunstancias sobrevinientes de las cuales no es posible prescindir"⁵⁹. Si hubo actividad ilícita, existió una intención de dañar, lo que impone la investigación.

Rebuscando en el cofre de los recuerdos, encontramos las palabras del Senador Dr. Eduardo Duhalde en su discurso de apertura cuando se comprometió a devolver los depósitos en su moneda de origen (lo que permite muchas variantes, que fueron señaladas en algún voto) y que se determinará la responsabilidad de los que generaron la crisis⁶⁰. De este protagonista en la crisis y observador inmediato de la realidad surgió un juicio de valor sobre existencia de culpables y, obviamente no creemos que se refiera a gente del gobierno, aunque puede haber muchos complicados o complacientes. Es fundamental que si existen responsables concretos sean exhibidos ante el mundo, particularmente por las condenas internacionales que sufre nuestro país por el default, para que todos colaboren en hacer resarcir los daños⁶¹.

La mirada hay que dirigirla entonces más atrás, a cuando ocurrieron los hechos. ¿Qué interés puede haber habido para generar el desastre?

Y eso lo señala claramente Zaffaroni en las palabras de Stiglitz.

Si es que hubo una maniobra defraudatoria, en el complot que imagina el Ministro Zaffaroni, por nuestros recuerdos⁶² habría empezado en el 2001 con una guerra psicológica: sugerir el retiro de los depósitos y que hacer con ellos. Los ahorristas argentinos no querían, al igual que los extranjeros que habían venido al sistema, llevarlos al extranjero por los altos intereses que aquí se pagaban. Pero se infundió desde ciertas entidades la idea del próximo desastre, como así también los mensajes para facilitar la transferencia de los fondos, obteniendo el mantenimiento de la colocación de los ahorros y pagando por ellos mucho menos de lo que aquí pagaban, al quedar disponibles en bancos vinculados.

El sistema, según se informaba, importaba ocultar esa transferencia, haciendo firmar a los ahorristas simplemente al dorso del certificado, lo que hacía presumir que lo retiraba en efectivo, abriéndole electrónicamente cuenta en el extranjero, donde de la misma manera radicaban el depósito. Para encubrir contablemente la maniobra el nuevo depositario formalizaba un préstamo en moneda de cuenta a través del Banco Central al Banco que había cancelado el depósito de esa manera, lo que contablemente se llama "triangulación"..

Ahora bien, que ilegalidad se cometió? El daño es evidente, la duda es si ello resultó de alguna antijuridicidad. Las normas violadas habrían sido:

Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto⁶³. Los actos tienen autonomía de la actividad como conjunto, y pueden ser en sí mismos ilícitos o no (arts. 502