

ACTIVIDAD ILICITA Y SOCIEDAD EXTRANJERA NO INSCRIPTA

“... 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...” *El grito manso* de Paulo FREIRE.

Efraín Hugo RICHARD

1. INTRODUCCIÓN: LA PUBLICIDAD.

El sistema jurídico determina las normas de convivencia. Una norma que no tenga sanción por su incumplimiento no tiene sentido. Así lo venimos sosteniendo al referirnos a la “Economía del Derecho”¹.

La capacidad jurígena de crear personas jurídicas debe estar vinculada necesariamente a su publicidad. Siempre hemos alentado esa capacidad de crear sociedades personas jurídicas a través de la autonomía de la voluntad, cumpliendo las normas previstas a tal fin.

Esa libertad sólo 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 jurígena 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. Este es el centro del sistema de las relaciones de organización personificadas².

2. SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO. EN PARTICULAR LAS OFF SHORE.

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 de sociedades constituídas en el extranjero que omiten la inscripción correspondiente en nuestros registros públicos.

Cuando una sociedad extranjera actuando en contra de las previsiones de la legislación argentina, opera ostensiblemente en nuestro país –no en zona opinable de acto aislado-, su actuación es contraria al sistema jurídico.

Ello trae sanciones o efectos específicos, sobre lo que volveremos.

Un supuesto lo es una aseguradora extranjera, que sin cumplir las normas argentinas, venda seguros o capitalizaciones en nuestro país, incluso usando del sistema electrónico, en lo que llamamos “indirect doing business”. No hay duda que la misma contraria solapadamente el sistema argentino para evitar controles y/o gastos.

Así lo sostuvimos, por ejemplo al comentar el libro SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO CON SEDE O PRINCIPAL OBJETO EN LA REPÚBLICA³ de Daniel Roque VITOLO en el último párrafo de la rescensión: “Un último comentario sobre la bibliografía, muy amplia pero al mismo tiempo imposible de abordar hoy todo lo escrito, quizá por ello considerando el art. 124 una norma de policía de Derecho Internacional Privado, la actividad de una sociedad constituida en el extranjero que soslaye la publicidad del art. 124, particularmente por realizar su actividad total o la mayor parte de ella en el país, implicaría una actividad contraria a la legislación del país, en contra de normas imperativas y de orden público, y por tanto una actividad ilícita. Así lo venimos sosteniendo en nuestros últimos artículos sobre el tema, incluso en una reciente publicación dirigida por el distinguido jurista cuyo último libro comentamos, editada aquella con posterioridad a éste. La sanción de irregularidad es una sanción teórica de difícil aplicación frente a una sociedad que explote una empresa exitosa, pues quién se animaría a liquidarla salvo en el supuesto del art. 19 LS, que de ninguna forma descarta la enagenación de la empresa en marcha”.

3. UNA SENTENCIA.

Facilita este análisis el fallo de la CNCom, Sala C, Junio 24 de 2005, “Salt Card Sociedad

Anónima contra Probursa Sociedad de Bolsa Sociedad Anónima”, con el voto de los Dres. José L. Monti y Héctor M. Di Tella.

3.1. LA CAPACIDAD PARA ESTAR EN JUICIO.

Coincidimos con el razonamiento de la Cámara en cuanto a que:

“Discutir, como pretende la parte actora, acerca de la necesidad de que la sociedad extranjera deba ser registrada ante la I.G.J., como así también que realiza o no actos aislados o habituales en el país, carece de relevancia dentro de este proceso puesto que estas actuaciones tienen por objeto, lograr la resolución del contrato de inversión que se habría suscripto entre las partes y la devolución de las sumas de dinero que se entregaron, según dichos de la propia actora.

“Sostener que la accionada carece de personería para presentarse en autos y responder demanda, por las circunstancias apuntadas por la accionante aparecen como un tanto exageradas, puesto que de hacerse lugar a tal solicitud estaríamos pasando por alto un elemental principio constitucional, que tutela la defensa en juicio; máxime si tenemos en consideración que ha sido la parte actora quien en su escrito de inicio señaló que Probursa Sociedad de Bolsa S.A. es una persona jurídica uruguaya con sede en la calle Rincón 487, piso 3° de la ciudad de Montevideo-Uruguay (ver fs.124-párrafo tercero).

“A mayor abundamiento, debe resaltarse que la accionada ha acreditado debidamente encontrarse inscripta ante el Registro Público y General de Comercio de Montevideo con fecha 15/3/94 (fs.150vta.) y que quien se presenta como apoderada de la accionada, compareció en autos con poder general para pleitos otorgado por la sociedad demandada, documentación que se encuentra debidamente legalizada (ver fs.588/593).

“La inscripción a la que se alude sitúa a la demandada "... liminarmente en la primera parte del art. 118 de la ley de sociedades, en cuanto dispone que su existencia y forma están determinadas por las "leyes del lugar de su constitución". Por tanto, acorde con el criterio de hospitalidad que recepta tal previsión, corresponde reconocer carácter de sujeto de derecho a la referida sociedad, con capacidad suficiente para estar en juicio" (esta Sala en autos "Deliceland S.A. c. Cadehsur S.A. s/sumario", del 11-4-03).

Claro que al reconocérsele el “carácter de sujeto de derecho” conforme la legislación argentina, se abre la posibilidad de aplicación de la sanción del art. 19 LS.

3.2. LA DISCRIMINACIÓN INVERSA A FAVOR DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA: LA CITACIÓN A JUICIO.

Otro aspecto, en cambio, no nos satisface. Es el punto de la notificación de la demanda:

“Relacionado con otro de los agravios de la actora (notificación del traslado de la demanda), cabe expresar que en razón de lo decidido anteriormente y como consecuencia de que la actora no notificó a su contraria en el domicilio real, sino que lo hizo en un domicilio que se fijara contractualmente en el "acuerdo de inversión" que en fotocopia luce en fs.110/111 (ver cédula de fs.160), procederá confirmar lo que fuera decidido por el a quo en su resolución de fs.616/620-punto 3).

“Ello así porque "... El domicilio constituido en instrumento privado, mientras no haya sido reconocida la firma asentada por la persona a la cual se opone, o dada judicialmente por reconocida dicha firma, es ineficaz para notificar el traslado de la demanda ..." (Fenochietto, obra citada, tomo 1, pág. 192/193); igual postura se desprende de lo dispuesto por el plenario del fuero en autos "Horvath Sandor c. Frankreijh Jacobo", de fecha 23-5-56 (LA LEY, 82-561). “Consecuentemente, cabe dejar sentado que la notificación de la demanda se ha producido con la presentación que realizara la demandada en fs.157/157vta. y que por lo tanto la respuesta brindada a través de la pieza que luce en fs.564/586, ha sido temporánea”.

La Cámara, en la primera parte, había anticipado “Doctrinariamente se ha dicho que "La notificación del traslado de demanda, como principio general, debe practicarse en el domicilio real. El acto se encuentra rodeado de una variedad de formalidades, con el fin de asegurar su efectivo cumplimiento por la parte emplazada, pues la indefensión es el mayor vicio de que es susceptible el proceso..."(Fenochietto Carlos E., "Código Procesal ...", Ed. Astrea, Bs. As., 2001, t.2, pág. 360).

Adviértase que de esta forma se rompe el criterio básico que las sociedades constituídas en el extranjero no sean discriminadas, frente a lo que las sociedades constituídas en el extranjero que incumplan la legislación argentina pasan a estar en mejor situación que las nacionales o de las sociedades constituídas con el extranjero que cumplen la legislación argentina.

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. 30⁴, 31⁵ 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.

Así se las beneficia y pone en situación privilegiada a las sociedades constituídas en el extranjero, incluso cuando un representante había tomado participación en autos parecería que pese a ello se exige la notificación en el domicilio en el extranjero.

Justamente las disposiciones de orden público interno exigen las inscripciones como forma de publicidad y protección a los terceros.

Sabemos que la jurisprudencia se endereza en la misma forma que lo hace el fallo que criticamos en este aspecto⁶.

La jurisprudencia implica dejar prácticamente sin efecto lo dispuesto por el art. 122 inc. b LS. Si fuera necesario en cada caso acreditar que el representante sea el previsto en el art. 118 3ª parte, no sería preciso recurrir al art. 122 para justificar el emplazamiento por vía de ese representante.

El punto nos lleva a pensar que la parte débil en la República Argentina es quién cumplió el contrato y debe exigir a la otra el cumplimiento. Esta última se encuentra amparada por un sistema hipergarantista.

Con realismo el Juez Favier Dubois, secretaria 17 el 13 de abril de 1999 en Nurez Argentina S.A. c/Abbott Laboratories y otro, ante las cuestiones sobre alcance de la representación y validez de la citación, desestimó la nulidad pero amplió el plazo para contestar la demanda hasta un total de 30 días, considerando opinable la situación.

La INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA exige en la Res. 6396 inc. 1 que los poderes a conferirse a los representantes de las sociedades extranjeras a los efectos del cumplimiento del art. 123 de la ley 19550 debieron ser de tal amplitud que los faculte a recibir y contestar emplazamientos o notificaciones administrativas o judiciales, que sean consecuencia de la participación en la sociedad local, y no meramente a constituir o participar en sociedades.

Adviértase que el problema vendría porque la sociedad constituida en el extranjero ha omitido el cumplimiento de todo recaudo de inscripción y publicidad en resguardo a terceros.

En el caso, ante la dubitación si se requería o no inscripción, existiendo un domicilio en el país a los efectos del contrato, parece un castigo indebido a la actora –supuesta cumplidora del contrato- exigirle que notifique en el extranjero pese a haber comparecido a juicio un representante de la demandada.

3.3. CUESTIONAR LA NOTIFICACIÓN POR LA FALTA DE INSCRIPCIÓN VIOLA EL PRINCIPIO DE BUENA FE⁷.

La Casación Italiana⁸ ha elaborado una definición general de la buena fe contractual “entidad en sentido ético, como requisito de la conducta, constituye uno de los fundamentos de la disciplina legal de las obligaciones y constituye el objeto de un verdadero y propio deber jurídico, que resulta violado no sólo en el caso en el que una de las partes haya actuado con el propósito doloso de producir un perjuicio a la otra, sino también cuando el comportamiento de ésta no haya estado marcado por una corrección diligente y por el sentido de la solidaridad social, que integran el contenido de la buena fe”.

Y es la ruptura del contenido ético el que hoy no sanciona a las sociedades que siguen operando en el mercado, afectando al mismo y a las empresas que en el actúan rompiendo el principio de la competencia leal, y afectando a los contratantes con los que contraen obligaciones que no cumplirán... Es la ruptura del contenido ético general el que nos ha llevado a tolerar este estado de cosas.

No se trata de cuestionar el riesgo empresario, sino la actuación dolosa.

Toda interpretación debe contemplar la integridad del sistema normativo y advertir la inserción de la conducta en análisis en la realidad, y sin ingenuidad llegar hasta el fondo de la cuestión, catalogando la actividad como ilícita, para que actúen la totalidad de las sanciones del sistema jurídico argentino⁹.

Aspiramos que nuestra concepción económica del derecho¹⁰ canalice la competencia, eficiencia y estabilidad en los mercados en base a una coordinación de los sistemas normativos conforme la evolución en la realidad económica, pero sin perder por ello el control sobre los partícipes en ese mercado de interés público.

Esa ruptura de la competencia se potencia cuando una sociedad constituida en el extranjero, opera en nuestro país en clandestinidad, posiblemente a través del *indirect doing business*.

La empresa privada no puede competir internamente en un mercado donde no se sanciona duramente la clandestinidad planificada, o sea la actividad societaria en secreto, para quedar en mejores condiciones de competitividad.

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 perjudiciales.

De allí la solución del art. 124 LS 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 algunos podría formalizarse a través de simples formularios identificatorios, sin perjuicio de otros requerimientos cuando se trate de otro tipo de actuación¹¹.

La falta de publicidad no puede revertir en beneficio de la demandada imponiendo a la actora cargas especiales, en muchos casos incumplibles, o inaccesibles por su costo y la aleatoriedad del resultado por la extranjería y lo anónimo de los socios, conforme al sistema usado por la demandada para violar el contrato primero y la ley después.

4. TRATEMOS AHORA LA COINCIDENCIA CON EL FALLO Y LOS EFECTOS DERIVADOS.

No puede negarse a una persona jurídica societaria el estar en juicio, pero debemos reconocer que realizar actos aislados es contrario a actividad y habitualidad. Supone tener la sede y la administración en el exterior, donde realiza la casi totalidad de su actuación. De no el acto aislado se vuelve única actividad y por tanto contrario a la ley, que es lo típico de las sociedades llamadas off shore, o sea destinadas a realizar su actividad fuera del país donde fue constituida.

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 inmuebles¹².

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 diversos¹³.

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 confusión¹⁴. 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 constituidas 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 ella¹⁵, 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 regularizada¹⁶.

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 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 país¹⁷, 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 cuantitativo¹⁸, 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, entendiendo 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 restrictiva¹⁹, entendiendo 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 país²⁰, 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 aislados²¹, recepcionando 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.

Actos aislados concatenados implican actividad.

4.1. 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. Era la actividad de 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.

Sin duda se generan aquí indicios de la simulación en la titularidad de los bienes, que figuran como de la sociedad pero son del anónimo dueño de la sociedad con acciones al portador –en el caso no tan anónimo por los indicios aportados.

Sobre el abuso de actuación de sociedades constituídas 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.

4.2.EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE REGISTRACIÓN.

Nos centramos en el efecto práctico del incumplimiento al que nos hemos referido en aquel trabajo presentado en el Congreso Internacional de Derecho Comercial y de los Negocios, realizado en Buenos Aires entre los días 30 de mayo al 4 de junio de 2005, en nuestro trabajo *Actuación en el país de Sociedad constituida en el Extranjero*, publicitado en el CD del Congreso, donde intervenimos como panelista sobre “Sociedades extranjeras”²².

4.3. LOS PROBLEMAS DEL OFF SHORE. ACTUACION DE SOCIEDAD CONSTITUÍDA EN EL EXTRANJERO.

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 control²³.

En el tema que divide a la doctrina sobre efectos o sanciones a una sociedad constituida 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 o compañías aseguradoras que son sociedades constituidas 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”²⁴.

5. ACTIVIDAD ILÍCITA

Veamos los fundamentos de calificar como ilícita dicha sanción a recaer en las sociedades constituidas 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.

Si se sanciona la actividad de la sociedad constituida en el extranjero, que realiza su actividad en el territorio de la República, directa o indirectamente por medios electrónicos, sin inscribirse, no cabe dudas que la actuación –continuada- de la sociedad en ese estado,

constituye actividad ilícita o sea contraria al sistema jurídico, mereciendo las sanciones que la legislación societaria y penal pueda imponer en cada país.

Hemos teorizado también sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado²⁵.

Se plantea al debate si actos aislados que impliquen actividad prolongada de una sociedad constituida en el extranjero, realizando actividad ostensible o disimulada en el territorio del país sin inscripción alguna puede ser calificada como actividad ilícita al tenor del art. 19 LS. La respuesta afirmativa actuaría también como cautelar, pues los administradores y socios de control de una sociedad se preocuparían de solucionar la situación de publicidad que afecta el orden público interno.

En algunas causas, más que sancionar el abuso de la personalidad jurídica o la responsabilidad de administradores y controlantes, debería sancionarse a la propia sociedad, por su gestión antifuncional, por actividad ilícita.

La actividad ilícita es sancionada²⁶, y es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración, como actividad ilícita: p.ej. la actividad de intermediación financiera no autorizada²⁷. En muchos casos, como en el caso Romeo²⁸, el Tribunal imputó la responsabilidad del Directorio, como accionistas controlantes de la Institución Bancaria que creó una mesa de dinero, como banca de hecho. El tema es opinable, pues el mismo resultado pudo alcanzarse a través de la imputación de responsabilidad a través de los arts. 59, 274 y 279, pues importaba un daño generado a terceros que genera una acción individual de responsabilidad²⁹, y por aplicación del art. 19 LS.

El dilema es 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.

Al margen del caso específico, 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.

La ley de sociedades formaliza un catálogo de ilicitudes en relación a la actividad o al objeto, que otras legislaciones no abordan de igual manera³⁰.

El art. 19 LS es técnica y doctrinariamente correcto. No procede la nulidad absoluta como sanción. El vicio aparece en la funcionalidad del contrato. Es una forma de desestimación de la personalidad por nulidad. Pero la remisión al art.18 LS y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio -e iniciación del proceso de liquidación-, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las

relaciones tipológicas, que -al referirse a la actividad- afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el idéntico efecto de pérdida de los derechos sobre el remanente de liquidación. En cuanto a la responsabilidad nos permitiríamos identificar el efecto sobre los socios que no demuestren mala fe con las previsiones del art. 54.3 LS³¹, como hemos señalado precedentemente.

O sea que el socio de buena fe se vería arrastrado a tener responsabilidad solidaria en el caso que se catalogara la actividad.

Es un problema doctrinario determinar cuando se genera la actividad ilícita. 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).

Dentro de una actividad catalogable como ilícita puede tipificarse dentro del sistema argentino aquella dirigida a violar las leyes de resguardo de la competencia, anti monopolio o anti trusts, como también la destinada a violar leyes impositivas o previsionales, o registrales de publicidad. Estas reflexiones lo son sin perjuicio de que esa actividad pudiera tipificar un ilícito penal del régimen general o especial.

Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto³². Los actos tienen autonomía de la actividad como conjunto, y pueden ser en sí mismos ilícitos o no (arts. 502, 953 y concordantes C.C.). 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.

Fargosi³³, 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 modo³⁴ 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 conjunto³⁵. 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 LS, debe ser referida –lo reiteramos- respecto del derecho objetivo en su totalidad, cualquiera de sus áreas o sectores sea el lesionado. En el ámbito civil³⁶, 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...”.

Betti³⁷ 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. Petrocelli³⁸ 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 constituidas 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.

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 frecuencia³⁹, como se señala.

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 LS.

6. DOS FALLOS Y LA ACTIVIDAD ILÍCITA.

A. 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 (caso Bustos), al ordenar al Procurador la investigación de un presunto complot acaecido en el 2001⁴⁰.

B. Coherente con ello, en la causa "Ballester Rolando Alberto y otros c/ Vigarita 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:

a. 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.

b. 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.

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

C. ¿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 antijuricidad se objetiva y la responsabilidad es automática.

En el país no existe una ley de entidades financieras que autorice la operatoria *off shore*, aunque de hecho así se opera. Ni los Bancos argentinos, ni las Sucursales de los extranjeros, ni las representaciones legales de bancos extranjeros o los bancos vinculados a entidades financieras que operan en el extranjero pueden hacer eso, sólo pueden asesorar, pero las posibilidades de la electrónica lo facilitan. Las normas limitativas surgen de las previsiones contenidas en el artículo 13, segundo párrafo de la ley 21526 y concordantes, al no receptarse en nuestro país un sistema de banca *off shore*⁴¹.

Las oficinas de representación solamente pueden desarrollar actividades no operativas. La operatoria de la representación se debe limitar al asesoramiento de interés para la vinculación con el exterior de las actividades locales, privadas y oficiales⁴². A la representación le está prohibido realizar cualquier tipo de intermediación financiera y operar en cambios⁴³. La normativa del B.C.R.A. textualmente dispone: “Operaciones prohibidas: No está permitido a los representantes realizar forma alguna de intermediación financiera en los términos de la Ley N° 21.526, como tampoco concertar ni operar en cambios. Las gestiones de representación no deberán dar lugar a que los terceros contratantes queden obligados con los representantes, ya que no es función de éstos operar como parte en las transacciones”. Se considera al representante como una extensión de la entidad representada y, en este sentido, son conjunta y solidariamente responsables por las actividades que aquél desarrolle en el país en el ejercicio de su representación⁴⁴. *En caso de incumplimiento a las disposiciones el B.C.R.A. podrá disponer el cese inmediato y definitivo de la actividad y aplicar las sanciones previstas en el artículo 41 de la ley 21.526 –Ley de Entidades Financieras–, entre las que se prevé la revocación de la autorización para funcionar*⁴⁵. Las entidades financieras extranjeras que pretendan ejercer intermediación financiera u operar en cambios deben abrir sucursales en la República Argentina, las que deben radicar efectiva y permanentemente capitales en el país⁴⁶. La forma operativa ilícita de esas representaciones es y sigue siendo de público y notorio, con la idea de

la mayoría de sus clientes de operar legalmente y conforme el marco legal dispuesto por el B.C.R.A.. Obviamente que las operaciones que no pueden hacer las representaciones locales, tampoco las pueden hacer para esos Bancos extranjeros los Bancos autorizados a operar en la República, estén o no controlados por aquellos.

Se habría generado una clara actividad ilícita, sancionada por el art. 19 de la ley de sociedades comerciales⁴⁷.

Quiénes sufran perjuicio por la actividad ilícita en estos supuestos de actuación por o para sociedades constituidas en el extranjero podrían accionar en base a alguno o algunos de los siguientes supuestos de responsabilidad:

a. la de control abusivo bajo la aplicación de la previsión del art. 54 in fine de la ley de sociedades, en cuanto dichos actos generan una típica figura de control torpe y abuso de la personalidad jurídica que implica un efecto de imputación aditiva⁴⁸;

b. la responsabilidad por la existencia del llamado “grupo de jactancia”, suerte de sociedad de hecho que por la mera invocación del grupo implica su responsabilidad ilimitada y solidaria⁴⁹, eventualmente como sociedad atípica no reconocida en nuestro sistema y por ende sociedad devenida de hecho, revelado particularmente por el uso de siglas operativas que no corresponden a una sociedad local, y

c. la actividad ilegal permitiría la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades comerciales. Esta norma impone la obligación de acreditar el acto ilegal, su importancia y continuidad, que es pública y notoria, entrañando efectos más contundentes: liquidación de oficio de la sociedad local por actividad ilegal, con responsabilidad solidaria de todos los socios y administradores, y no sólo de los controlantes⁵⁰.

7. ¿IRREGULARIDAD O ILEGALIDAD?

Si la sociedad constituida en el extranjero ha realizado actividad en nuestro país sin estar inscripta, no se trata de un problema de irregularidad para poder responsabilizar a administradores o representante. Estamos frente a una verdadera ilegalidad, por contrariar a sabiendas el sistema jurídico argentino de publicidad y hospitalidad de esas sociedades.

Sólo una actitud excesivamente conservadora puede llevar a crear un sistema de irregularidad, cuando la sanción prevista en el sistema argentino es clara. No hay sanción de irregularidad para este caso, sino de ilicitud expresamente prevista.

8. CONCLUSIÓN EN TORNO AL EFECTO DE LA NO INSCRIPCIÓN.

Apliquemos ahora esa conclusión a un supuesto similar al de autos, pues no necesariamente sería aplicable a este caso que sirvió para disparar nuestro pensamiento, pues las situaciones de hecho son siempre multifacéticas y llevan a resultados diferentes, lo que también nos permite presumir por la capacidad de los juristas que integran la Cámara.

Bajo ese criterio no se genera una pérdida de potestades, la sociedad podrá estar en juicio, el tercero –que quizá contrató a sabiendas de la infracción de la sociedad constituida en el extranjero- no se beneficiaría, ningún bien podrá quedar como “res nullius”, sino que el Estado aplicaría la sanción –los jueces deben hacerlo de oficio y los funcionarios públicos así instarlo como obligación de asegurar el sistema jurídico nacional en temas de orden público interno-⁵¹.

Aplicando la sanción del art. 19 LS coincidiremos con el fallo que la sociedad no puede ser impedida de estar en juicio ni de ejercer sus derechos. Pero tampoco puede cohartarse el derecho del Estado de aplicar la sanción, ejercer derechos contra terceros e instar la liquidación de la sociedad.

El art. 19 LS implica una sanción semejante a considerar irregular a la sociedad, pues genera responsabilidad de administradores, representantes y socios. Pero con una gran ventaja: asegura que la sociedad no siga infringiendo el sistema jurídico, en un tema que afecta el orden público interno, sin por ello afectar los derechos a la cuota de liquidación de la sociedad de los socios que acrediten buena fe, o sea ser ajenos a la actividad contraria al sistema jurídico.

De esta forma ninguna sociedad constituida en el extranjero podrá prevalerse de la no inscripción en el país, de violar las normas de orden público interno de publicidad, para evitar fácilmente ser citados a juicio, por lo engorroso o por la presunción –por el hipergarantismo con que está montado el sistema jurídico- de que se llegará muy tarde y todos serán insolventes o se habrán insolventados. Como decía Calamandrei no es justicia la que llega tarde, como lo hace siempre la guardia en la “ópera bufa” cuando el “héroe” escapa después de una larga aria.

Si se comenzara a aplicar este efecto a situaciones a todas luces infractorias, prácticamente desaparecerían las situaciones en zona gris, pues la jurisprudencia cauteladora de asesores económicos y jurídicos aconsejaría una inmediata inscripción, satisfaciéndose así los objetivos de orden público de la normativa, que no son la sanción sino la publicidad. La sanción sólo acaece ante los propios actos de la sociedad, sus administradores y representantes, de marginar el sistema jurídico de nuestro país.

¹ Nto. *Realidad, Economía y Derecho* en libro colectivo “POLÍTICA, ECONOMÍA Y DERECHO – Equilibrios y Desequilibrios”, 2ª reimpresión, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2005, y en versión completa en la página electrónica de esa Academia www.acader.unc.edu.ar, Primera parte, apartado IV pág. 95.

² Nto. *Las relaciones de organización. El sistema jurídico del derecho privado* 2ª edición, Ed. Advocatus, Córdoba 2002, Capítulo IV pág. 145 y ss..

³ Editorial El Derecho, Colección Académica, Buenos Aires febrero 2005, 124 páginas, ante la invitación del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina para presentar este libro en la sesión pública del día 11 de agosto de 2005, en Buenos Aires.

⁴ La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, ley 22.921 en su art. 3º dispone que “en ningún caso las sociedades mercantiles gozarán de mayor capacidad que la que se otorga a las sociedades locales” (Berta Kaller en Anomalías societarias”). Por otra parte la ley 19550 se refiere que en cuanto “a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución”, no refiriéndose a la capacidad.

⁵ Originariamente se aceptaba que ciertas normas no se aplicaban a sociedades extranjeras, por entender que no era de interés de la República, por ser en beneficio de accionistas de la partícipe, el resguardo del límite del art. 31 Juzg. Civil y Comer. Nº 13 Córdoba 11.4.95 en Construcciones Argentinas S.R.L. c/ IRPC Constitución LL 1197 A 168.

⁶ Un tema de alto conflicto es el emplazamiento a juicio, previsto en el art. 123 LS, pues coherentemente con el 118 LS las mismas pueden ser emplazadas en la República: en caso de “acto aislado” –se omite ahora la expresión “actos aislados” en el Proyecto de Reformas 2005– en la persona del apoderado que intervino en el acto o contrato que motive el litigio. Aparentemente no se aplicaría a casos de reclamos por culpa aquiliana, pero si ello deriva del acto podría quizá interpretarse laxamente. En caso de sucursal, especie o cualquier otra especie de representación, en la persona del representante, que supone haber constituido un domicilio 118.2. Una cosa es la JURISDICCION INTERNACIONAL y otra la CITACION A SOCIEDAD EXTRANJERA. CITACION A JUICIO o validez de la notificación de la demanda: Pallares, Carlos c/Société de Enterprises Generale et Electronique Sonetro CNCivil Sala B. 13.4.77: No es válida si al responder al traslado de la demanda aclaró que su mandato era sólo comercial, una representación que únicamente tiene por objeto actos comerciales y que no se extiende a las que no revisten o revisten ese carácter, tal como actuar en juicio por la mandante. Con la disidencia del Dr. Vernengo sosteniendo la validez por cuanto las SE que no habitan el territorio argentino, es decir no tienen aquí sucursal, asiento o cualquier otra especial de representación, no son protegidas ni por la constitución ni por las leyes argentinas.. La circunstancia de que una sociedad absorbida por otra este notificada de la demanda, implica que también esta notificada la absorbente que asumió todas las obligaciones. CNCom. Sala B 10 ag. 1998 Reinicke Dirk c/ Holiday Inn Vorlwide: La correcta individualización del demandado es un requisito ineludible para evitar el pronunciamiento de un fallo de ejecución imposible. Corresponde rechazar la demanda que es ambigua respecto del nombre y domicilio de la sociedad extranjera demandada. CNCom. Sala D8.10.93 Rivero y otros c/ Idro Meccanica SPA: Cabe recordar que cierta doctrina ha sostenido que esa norma (122 b) presupone un negocio celebrado o acto obrado por medio de la sucursal o representación en cuestión (Boggiano, Derecho Internacional Privado, t. I p. 690, UZAL, María Elsa El emplazamiento en juicio de una sociedad extranjera RDCO 127/8 p. 232). De lo contrario podría verse lesionado el principio de defensa en juicio, pues el representante, constituido a otros fines que la litis a la cual fuera llamado, sería llevado a un proceso cuyo contenido fáctico no dominaría (CNCom. A 5.8.83 ICESA) . CNCom. Sala A 18.2.98 Gutierrez Seguí c/ Transformados Metálicos Prado S.A. Dado que el contrato por cuyo cumplimiento demanda el accionante no fue celebrado por medio del actual representante de la sociedad extranjera demandada, resulta nula el traslado de la demanda diligenciado en el domicilio de dicha representación. Carolina D. Iud *Emplazamiento a la sociedad constituida en el extranjero en juicio y en el proceso de mediación*, señala en nota 40: Que la CNCom sala D ha resuelto que el órgano jurisdiccional debe colaborar con el órgano de mediación a efectos de posibilitar el trámite de mediación y el eventual ulterior proceso judicial. Desde luego, la Sala no ignora que el intervenir y sellar una cédula librada conforme a la ley 22172 constituye actos puramente materiales, en cuya realización no interviene el juez. Empero, en el caso de la notificación al extranjero es requerida por Convenciones. Cuartero y Arecha en el caso *Contacta S.A. c/ Club Sol del Este S.A.* y otros el 7.2.99 sostuvo “requiere cuando menos, que se trate de una efectiva delegación local de la sociedad extranjera, con representantes habilitados para atender negocios sociales y vincular con sus actos al ente foráneo. Ello no se configura con la designación en el país de un apoderado judicial, quien por principio atiende a los asuntos litigiosos que la sociedad le encomienda y por ende desconoce los extremos necesarios para proveer a una adecuada defensa...”. CNCivil Sala F setiembre 22 1986 Editorial Claridad SA c/ Editorial Diana S.A. Todo lo concerniente a la validez del traslado de la demanda debe ser apreciado con criterio restrictivo.... En los supuestos en que media representación convencional, la eficacia del traslado de la demanda que se hiciera en la persona del representante esta subordinada a la condición de que éste se presente en tal carácter, puesto que –cualquiera sea la extensión del mandato– nadie puede ser obligado a actuar en juicio contra su

voluntad en nombre y representación del mandante”. Con nota de Guillermo Cabanellas (h) y Liliana Paniagua Molina *El emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero frente al artículo 122 de la ley de sociedades comerciales. En los supuestos en que media representación*. La jurisprudencia... implica dejar prácticamente sin efecto lo dispuesto por el art. 122 inc. b. Si fuera necesario en cada caso acreditar que el representante sea el previsto en el art. 118 3ª parte, no sería preciso recurrir al art. 122 para justificar el emplazamiento por vía de ese representante.

⁷ *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos Buenos Aires abril de 2004, nuestro “Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria”, constituyendo el capítulo XLIX del tomo I a pág. 811.

⁸ Fallo del 18 de febrero de 1986, n. 960 en Mas. Foro it. 1986.

⁹ Nos referimos a los fallos que se limitan a no permitir la apertura del concurso preventivo de entidades financieras, aunque es un tema controvertido, pero omiten considerar la aplicación de la norma del art. 19 LS, disposición que prevé su aplicación de oficio.

¹⁰ cfme. nto. trabajo *La Economía del Derecho* en *La Ley* (actualidad) del 18 de abril de 1989 p. 2 y ss., *Economía y Derecho* en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año académico 1988 p.525 y ss.

¹¹ MERCADO de SALA, María Cristina *La inscripción de las sociedades constituidas en el extranjero, una cuestión de identificación* pág. 435 tomo I IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, San Miguel de Tucumán 2004.

¹² MANÓVIL, Rafael Mariano *El art. 123 de la ley de sociedades. Inaplicabilidad del art. 124 a ese supuesto y ausencia de facultades de la IGJ para establecer reglamentaciones a su respecto* pág. 369 tomo I IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Der. Societario y de la Empresa, Tucumán 2004.

¹³ MOLINA SANDOVAL, Carlos A. *Sociedades extranjeras ¿Cómo debe interpretarse el art. 124?* Pág. 441 tomo I Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tucumán 2004.

¹⁴ SANTA CRUZ, Daniela *El artículo 118 del proyecto de reforma* en pág. 617 tomo I IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tucumán 2004.

¹⁵ ROCA, Eduardo *Sociedad extranjera no inscripta*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, pág. 77 y sus citas.

¹⁶ Con cita de LE PERA, Sergio *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Ed. Astrea, Bs. As., 1979, págs. 223/224 y 229.

¹⁷ POLAK Federico *La Empresa Extranjera*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, páginas 117/119.

¹⁸ VITOLO Daniel Roque, *Sociedades extranjeras y off shore*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, página 49.

¹⁹ Con citas de ROVIRA Alfredo, “Sociedades Extranjeras”, Ed. Abeledo Perrot, 1985, página 56; ídem, ZALDIVAR Enrique, “Régimen de las Empresas Extranjeras en la República”, Buenos Aires, Edifor, 1972, página 84; PERCIAVALLE Marcelo L. “Actos aislados cumplidos en el país por una sociedad constituida en el extranjero”, publicado en la Revista “Profesional & Empresaria”, Ed. Errepar, Julio 2004, páginas 692 y siguientes.

²⁰ Lo expresa la IGJ con citas de GUTIERREZ ZALDIVAR Alfonso *Acto Aislado*, publicado en *El Derecho*, ejemplar del 11 de Septiembre de 2003; BENSEÑOR, Norberto Rafael, *Sociedades constituidas en el extranjero. Reconocimiento de la personalidad jurídica y legitimación para actuar*, publicado en *La Ley*, en el mes de Noviembre de 2003 en un número especial sobre “Sociedades Extranjeras”.

²¹ Con citas de ROVIRA Alfredo, ob.cit. pag. 56 y 57; PERCIAVALLE Marcelo, *Sociedades Extranjeras* Ed. Errepar, 1998, página 10; VERON, Alberto Víctor *Sociedades Comerciales. Ley 19550, Comentada, anotada y concordada*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, pag. 501.

²² También puede consultarse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar

²³ VITOLO, Daniel Roque *Sociedades constituidas en el extranjero con sede o principal objeto de la República, El Derecho, Colección Académica, Buenos Aires 2005*, pág. 41.

²⁴ TRUFFAT, Daniel y BARREIRO, Marcelo Gustavo *Alcances e implicancias societarias de la ley 25.570* en pág. 635 tomo I IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, San Miguel de Tucumán 2004.

²⁵ Cfme. nto. *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires 2004, tomo XV pág. 313.

²⁶ nto. *La conservación de la empresa* al recibir el Premio Academia, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. El reconocimiento de la noción "actividad"*..

²⁷ Nto.Banca de hecho. Actividad ilícita Comentario a jurisprudencia "Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Oredinario", pág. 29 Revista de las Sociedades y Concursos n° 7 Noviembre Diciembre 2000, con referato, Buenos Aires febrero de 2001.

²⁸ Revista de las Sociedades y Concursos, Ed. Ad Hoc, n° 7 nov.-diciembre 2000, pág. 23 con nuestra nota.

²⁹ Puede consultarse nuestra opinión en el libro colectivo ANOMALIAS SOCIETARIAS, y en Doctrina Societaria y Concursal, Editorial Errepar marzo 2002.

³⁰ Tales como la francesa, alemana e italiana. En el Derecho Italiano, el Código Civil integra el sistema en el art. 2084, en vez de remitir como lo hace el art. 20 LS a disposiciones de otras leyes. Dicho artículo dispone "Condiciones para el ejercicio de la empresa. La ley determina las categorías de empresa cuyo ejercicio está subordinado a concesión o autorización administrativa. Las otras condiciones para el ejercicio de las diversas categorías de empresas son establecidas por la ley y por las normas corporativas". La más reciente ley de sociedades llegada a nuestro poder, la ley uruguaya n° 16060 de "Sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios" del año 1990, aborda la cuestión dentro de la sección IV, "Régimen de nulidades" para los supuestos de los arts. 18 y 20 de nta. Ley de sociedades, y dentro de la sección XIII "De la disolución" el supuesto del art. 19, con particulares notas características que la aparta de nuestras soluciones, pese a haber seguido el sistema de la ley argentina, sus experiencias jurisprudenciales y sus críticas doctrinarias. Cfme. nta. Ponencia Actividad ilícita de sociedades I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba 1992 tomo II p. 575.

³¹ Sobre el punto puede consultarse nuestros trabajos citados en nota 141, y *En torno a la personalidad jurídica de las sociedades* las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche abril 1989, y publicación similar en Revista Notarial del Colegio la Provincia de Buenos Aires, año 1989 Centenario, pág. 207 y ss.. Ponencia a la 1a. Conferencia Internacional sobre la Miguel de Tucumán 22 al 24 de octubre 1987 *Persona jurídica, sociedad y contratos asociativos en la Unificación del Derecho* Ponencia *Personalidad y tipicidad* en Jornadas Nacionales sobre unificación de las obligaciones civiles y Comerciales, o Instituto Argentino de Derecho Comercial y Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires 4-5 de Diciembre de 1987 *Tipicidad societaria. Tipología societaria y responsabilidad* en III Congreso de Derecho Societario, Salta octubre de 1987 Revista Jurídica del Banco Nación: Disertación sobre aspectos modernos del derecho societario, en reunión de Abogados Nación Argentina, Córdoba 1989. Libro "Derecho Civil y Comercial - Cuestiones actuales" en Homenaje a Antonio B. Callado *llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica en la ley de sociedades comerciales* p. 467 y ss.- Ed. Advocatus (especialmente *Nuevamente en torno a la inoponibilidad de la personalidad jurídica* en tomo IV de Doctrina Societaria Errepar, Buenos Aires 1991.

³² cfme. OTAEGUI, Julio César *Invalidez de los actos societarios* p.365.

³³ FARGOSI, Horacio P. en "Estudios de Derecho Societario", Editorial Ábaco Buenos Aires 1978, el artículo *Sociedad y actividad ilícita* pág. 49 y ss, particularmente p. 59 en adelante.

³⁴ FARGOSI ob. cit. p. 66.

³⁵ cfme. OTAEGUI, Julio César *Invalidez de los actos societarios* p.365; ESCUTI, Ignacio *Sociedad e invalidez: algunos aspectos* RDCO VI n.53.

³⁶ Sigue FARGOSI ob. cit. p. 67.

³⁷ Betti, Emilio *Teoría General del Negocio Jurídico*, p.93.

³⁸ Petrocelli *L'antigiuridicità* parte 1 p.7 entendiendo que "un acto puede ser ilegal, por no responder en todo o en parte a las condiciones fijadas por la ley para su validez, sin que por ello pueda decirse que es antijurídico...; el autor del acto ilegal no va contra el derecho sino que va por un camino por donde no obtiene la protección del derecho; no se dirige contra otro interés jurídicamente tutelado sino que omite la realización de las condiciones indispensables para conseguir la tutela jurídica del interés propio...". Esto se compadece con el criterio que hemos sostenido en cuanto a la validez de los actos individuales, sin perjuicio de rescatar la sancionabilidad de la actividad.

³⁹ Zunino, Jorge *Disolución y liquidación de sociedades* t. II p. 208 y ss., Buenos Aires De. Astrea.. Ver nota anterior. Rubén R. Pardo "Acerca del Banquero de Hecho" Doctrina Societaria y concursal, t. III p. 15 y ss.. Carlos R. Freschi *La sanción por actividad ilícita de las sociedades comerciales* en RDCO año 1978 página 1531, en particular p. 1542. VERON, Alberto Víctor *Sociedades Comerciales*, Ed. Astrea, Bs. Aires 1987, tomo I p. 128 y ss. VITOLLO, Daniel R. *La ley Sarbanes-Oxley de los Estados Unidos, la realidad de la República Argentina y la prevención de los fraudes societarios* Errepar diciembre 2002 p. 854 tomo XIV.

⁴⁰ Depósitos pesificados: ¿responsabilidad de los bancos? (la denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro) en El Derecho del 7 de marzo de 2006 pág. 1 y ss.

⁴¹ *Responsabilidad por el vaciamiento financiero* en Zeus Córdoba, año I 18 de junio de 2002, n° 10 tomo I pág. 253 y ss..

⁴² Comunicación "A" 2241 del B.C.R.A. del 2-09-1994, Circular CREFI 2, "Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras", Capítulo VI, Sección 7.

⁴³ Comunicación “A” 2241 del B.C.R.A. del 2-09-1994, Circular CREFI 2, “*Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras*”, Capítulo VI, Sección 8.

⁴⁴ Comunicación “A” 2241 del B.C.R.A. del 2-09-1994, Circular CREFI 2, “*Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras*”, Capítulo VI, Sección 5.

⁴⁵ Comunicación “A” 2241 del B.C.R.A. del 2-09-1994, Circular CREFI 2, “*Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras*”, Capítulo VI, Sección 9.2.1 y 2.

⁴⁶ Artículo 13, segundo párrafo, de la ley 21.526. El artículo 32 de la misma ley dispone: “*Las entidades mantendrán los capitales mínimos que se establezcan*”.

⁴⁷ Superando una discusión doctrinaria entre actividad ilícita y actividad prohibida por el tipo social, generada particularmente en torno a la banca ilegal. Cfme. ntos. *Actividad ilícita de sociedades* en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, octubre de 1992 Actas tomo II Pág. 575; *Actividad ilícita y actividad prohibida de sociedades: La empresa de seguros* en “Derecho y Empresa” Revista de la Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales, Año 1997 números 7 y 8, Rosario marzo de 1998, pág. 175. Número en homenaje del Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi; en Libro colectivo de nta. coordinación ANOMALIAS SOCIETARIAS, Ed. Advocatus. *Actividades ilícitas - banca de hecho*. Ed. Advocatus julio 1992; *Banca de hecho. Actividad ilícita* Comentario a jurisprudencia “Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Ordinario”, pág. 29 Revista de las Sociedades y Concursos n° 7 Noviembre Diciembre 2000, Bs. Aires febrero 2001.

⁴⁸ Recientemente puede verse FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. *La desestimación de la personalidad jurídica societaria como límite al globalismo en la Argentina del Siglo XXI*, en Doctrina Societaria de Errepar setiembre 2001 p. 249. El uso antifuncional generó un supuesto de desestimación de la personalidad de la sociedad constituida en el extranjero en el caso “Macri, Francisco y otros s/ infracción ley 23771”, fallado por la CFederal de San Martín Sala I 26.4.1994, sosteniendo que la SAFI uruguaya “no es más que un instrumento del que se valió la sociedad controlante para la venta de los vehículos importados al margen del régimen legal de la industria automotriz.a) el presidente de la sociedad controlante es titular del 85% del paquete accionario, b. “la constitución de esta última se hizo con un capital irrisorio....c. los representantes en las asambleas son funcionarios jerárquicos de la terminal automotriz d) la única actividad de la sociedad extranjera consistía en importar a zona franca...”. Las sanciones ante la actividad ilícita aparece como una forma de desestimación de la personalidad.

⁴⁹ Cfme. OTAEGUI, Julio César *Grupo societario, desestimación y jactancia* en Doctrina Societaria y Concursal de Errepar n° 173, Abril 2002 p. 31.

⁵⁰ Cfme. nto. *Relaciones de organización.cit.* pág. 279 y ss.

⁵¹ Cualquier duda sobre las facultades del órgano administrativo de control serán superadas en cuanto este solicite a un funcionario judicial tal declaración. Por ejemplo el caso del art. 6° inc. d) de la ley 22.315 de la IGJ por el que ésta puede solicitar a los agentes fiscales “el ejercicio de las acciones pertinentes, en los casos de violación o incumplimiento de las disposiciones en que esté interesado el orden público”. En el caso de la actividad ilícita no tenemos duda que la denuncia podría hacerse directamente por el organismo administrativo ante un Juez competente, pues éste debe actuar de oficio ante la acreditación de los hechos. En otro orden, frente a limitaciones de organismos administrativos a actuar frente a otras sociedades que no fueran por acciones, debemos recordar que por criterio doctrinario mayoritario, el régimen del art. 124 LS impone aplicar a la sociedad constituida en el extranjero –cualquiera sea su tipo- el de las acciones por acciones del régimen nacional. Ello conlleva la nominatividad de las participaciones y obviamente facultar a esos organismos con potestados limitadas a actuar ante el supuesto de sociedad constituida en el extranjero que realizara actividad en el país sin inscripción, tornando su actividad ilícita como reseñamos en el texto.