

Jurisprudencia Argentina

BS. AS. 20 / 06 / 2007 • ISBN 978-987-592-249-5 / FASCÍCULO N° 12

DIRECTOR: Alejandro P. F. T

2007 - II | Número Especial

ANUARIO DE SOCIEDADES

COORDINADOR: Alfredo L. Rovira

COLABORADORA: Ana C. Alonso

Sociedades extranjeras

Consecuencias de su falta de inscripción en los supuestos de actividad habitual

Por Alejandro M. López Tili

SUMARIO:

I. Las posiciones tradicionales: a) Irregularidad territorial; b) Inoponibilidad absoluta; c) Inoponibilidad relativa; d) Régimen sancionatorio del art. 302 LSC.— **II. Replanteo de la óptica de análisis:** a) Capacidad. Concepto. Diferencia entre incapacidad de hecho y de derecho; b) Aspectos que diferencian a las incapacidades de hecho respecto de las de derecho: 1. Diverso fundamento; 2. Diverso remedio; 3. Diverso sentido de su institución; 4. Diverso rigor de la sanción de nulidad; 5. Diversa elección de ley aplicable; c) La única incapacidad que la personas jurídicas pueden padecer es de derecho; d) El incumplimiento de la inscripción registral como causal de incapacidad; e) El orden público como fundamento del requisito de inscripción: 1. Las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales clásicas; 2. La inscripción como mero medio de tutela del crédito; 3. La opinión del autor; f) Limitaciones a la capacidad de derecho de las personas jurídicas: 1. Limitaciones derivadas del principio de especialidad; 2. Limitaciones impuestas por la ley.— **III. Aplicación de la ley argentina para la valoración de las incapacidades de derecho.**— **IV. La nulidad como consecuencia del acto celebrado por el incapaz:** a) Acto nulo o anulable; b) Nulidad absoluta o relativa.— **V. Consecuencias de la nulidad:** a) Actos nulos: 1. Efectos entre las partes: A) Acto no ejecutado; B) Acto ejecutado; 2. Efectos respecto de terceros; b) Actos anulables: 1. Efectos respecto de las partes: A) Acto no ejecutado; B) Acto ejecutado; 2. Efectos respecto de terceros.— **VI. Efectos prácticos de la sanción de nulidad**

I. LAS POSICIONES TRADICIONALES

Mucho se ha escrito con relación a las consecuencias que acarrea el ejercicio de una actividad habitual en la República por parte de una sociedad constituida en el extranjero no inscrita conforme al art. 118 LSC. (L.O. 1984, LA 1984-A-46).

Desde siempre éste fue un tema conflictivo tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, pero el mismo recrudesció muy especialmente a partir del año 2003, con el dictado de las resoluciones 7/2003 (LA 2003-D-4418) y 8/2003 (LA 2003-D-4422) de la Inspección General de Justicia, y con el pronunciamiento emanado de la sala F de la Cámara Civil de la Capital Federal en el resonante fallo "Rolyfar" (1), por el que se hizo lugar a una excepción de inhabilidad de título fundada en que el crédito hipotecario cuya ejecución se pretendía había sido otorgado por una sociedad constituida en el extranjero que realizaba actividad habitual en el país sin cumplir con la registración impuesta por el referido art. 118 LSC.

El art. 118 parte de reconocer la existencia y forma de la sociedad constituida en el exterior, habilitándola para estar en juicio en el país y para realizar actos aislados.

Sin embargo, en su párr. 3º establece que para ejercer en forma habitual actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal o cualquier otra especie de representación permanente deberá: (i) acreditar su existencia con arreglo a las leyes de su país; (ii) fijar un domicilio en la República; (iii) justificar la decisión de crear dicha representación; y (iv) si se tratara de una sucursal, determinar además el capital que se le asigne.

Ahora bien, más allá del fallo "Rolyfar", las soluciones doctrinarias propiciadas para los supuestos de incumplimiento a lo mencionado por el art. 118 párr. 3º, respecto de lo que se interpretó —erróneamente, a mi criterio— como un vacío legal, fueron de la más diversa índole. Así, algunos sostuvieron que cabía la declaración de inoponibilidad absoluta de la persona jurídica extranjera en el país y de los actos otorgados por ésta. Otros, en cambio, postularon el reconocimiento de la

(1) C. Nac. Civ., sala F, "Rolyfar S.A. v. Confecciones Poza S.A.C.I.F.I.", LL 2003-D-533, supl. esp. Sociedades Extranjeras, n. 9; Impuestos 2003-B-2945.

plena eficacia de dichos actos, pero propiciaron la aplicación del régimen de irregularidad para la sociedad constituida en el extranjero, con la consecuente responsabilidad solidaria e ilimitada de sus socios.

Las diversas teorías recién descritas se pueden resumir de la siguiente manera:

a) Irregularidad territorial

La primera consecuencia que se ha predicado respecto del incumplimiento del recaudo de inscripción es la irregularidad territorial del ente. Así, se ha sostenido que corresponde declarar irregular a la sociedad constituida en el extranjero respecto de los actos que se celebren en la República (2) si la misma no se encuentra inscrita. Sin embargo, se ha criticado esta postura sobre la base de sostener que, tratándose de una sociedad regida en cuanto a su existencia y forma por la ley del lugar de constitución, mal podría la ley argentina cambiar el status de tal sociedad someténdola a las normas de los entes irregulares (3).

b) Inoponibilidad absoluta

En otro orden de ideas, se ha dicho que la sanción a la infracción a lo dispuesto por el art. 118 LSC, no puede ser otra que la imposibilidad de invocar la existencia de la sociedad extranjera en nuestro país, o, en otras palabras, su falta de legitimación para reclamar los derechos y obligaciones emergentes de los contratos celebrados por aquélla (4).

Esta postura aparece tanto más extrema que la anterior y conlleva peores consecuencias, pues la tesis analizada se aleja del principio rector de que la sociedades extranjeras son verdaderos sujetos de derecho y olvida que la omisión de cargas registrales no puede derivar en el desconocimiento de la personalidad jurídica.

La inscripción no concede la personalidad jurídica. Ésta viene concedida por ley. Y cuando de sociedades constituidas en el extranjero se trata, la personalidad —nos guste o no— viene reconocida de acuerdo con los términos de la ley extranjera, por lo que —desde que nues-

tro art. 118 LSC, reconoce la validez de las mismas— no queda mucho margen de discusión sobre la oponibilidad de la existencia de éstas en nuestro país.

c) Inoponibilidad relativa

Con un criterio más atemperado que el expresado en el punto anterior, se ha dicho que a falta de sanción específica para el incumplimiento de las inscripciones la única consecuencia que válidamente podría predicarse en nuestro medio sería la común a todo régimen de registración no cumplido, es decir, la inoponibilidad en el país hacia los terceros de la existencia de la sociedad, salvo prueba específica producida por la misma que acredite su existencia (5).

Sin embargo, se ha sostenido en respuesta que en la gran mayoría de los supuestos en que actúa la sociedad constituida en el extranjero no inscrita en el país su existencia se justifica mediante documentación pertinente, por lo cual cabe estimar que los supuestos de inoponibilidad posibles de considerar casi no existirían, provocando en general una suerte de complacencia satisfactoria del ordenamiento jurídico territorial (6).

d) Régimen sancionatorio del art. 302 LSC.

Por mi parte, consideré oportunamente —en un criterio que ahora reviso y complemento— que la consecuencia de la falta de inscripción registral exigida por el 118 párr. 3º LSC, sólo podía traer aparejada la aplicación del régimen sancionatorio previsto por el art. 302 LSC. (7).

Sostuve en dicha oportunidad que no parecía razonable, en aras de la seguridad jurídica, decretar inoponibilidad alguna de los actos habituales realizados por quien dice estar celebrando un acto aislado, pues esto afectaba gravemente el tráfico comercial.

Por otra parte, me opuse al criterio que sostenía la inoponibilidad de la persona jurídica, por cuanto el art. 118 párr. 1º LSC, resultaba suficientemente claro respecto de que la sociedad extranjera se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución.

(2) Halperin, Isaac, "Curso de Derecho Comercial", t. I, p. 300; Rovira, Alfredo L., "Sociedades extranjeras", 1985, Ed. Abeledo-Perrot, p. 64.

(3) Nissen, Ricardo A., "Ley de Sociedades comentada", t. 2, 1997, Ed. Ábaco, p. 323.

(4) Nissen, Ricardo A., "Ley de Sociedades comentada" cit., p. 323.

(5) Manóvil, Rafael, "La consecuencia de la falta de inscripción de una sociedad extranjera que actúa en el país no es su irregularidad", VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III, p. 505.

(6) Benseñor, Norberto R., "Sociedades constituidas en el extranjero. Reconocimiento de la personalidad jurídica y legitimación para actuar", LL, número especial Sociedades Extranjeras. Resoluciones 7 y 8 IGI., noviembre de 2003.

(7) Ver López Tilli, Alejandro M., "Las sociedades extranjeras a la luz de las recientes resoluciones de la Inspección General de Justicia", ED 205-969.

Decretar la inoponibilidad o la irregularidad de la sociedad constituida en el extranjero implicaría desconocer el precepto mencionado y —con ello— la personalidad jurídica del ente proveniente del país extranjero, contrariando elementales principios jurídicos tanto de nuestro derecho interno como del derecho internacional privado, recogidos no sólo por todos los tratados internacionales sino también por el art. 20 CN. (LA 1995-A-26).

Por otra parte, para fundar la procedencia de las multas sostuvo que el art. 8 ley 22315 (LA 1980-B-1593) establece que respecto de las sociedades constituidas en el extranjero que hagan en el país ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, la Inspección tendrá la función de controlar y conformar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 118 LSC.

De su lado, el art. 13 de la referida ley al establecer las sanciones que puede aplicar la Inspección dispone que las penalidades para las sociedades contempladas en el mencionado art. 8 serán las fijadas por el art. 302 LSC. Y tales son: (i) apercibimiento; (ii) apercibimiento con publicación y (iii) multas.

Es así que amé a la conclusión anteriormente mencionada. Sin embargo, afirmé también que coincidía con Benseñor (8) en que como la obligación impuesta a la sociedad fue establecida como respuesta a su pretendida habitualidad, habría algunas otras consecuencias inmediatas que surgirían de su propio defecto, tales como: (i) no poder obtener un CUIT; (ii) no poder anotarse como responsable inscripto en el IVA, para computar el crédito fiscal de sus compras; (iii) no poder emitir facturas; (iv) no poder inscribirse como empleador; y (v) si es demandada y no lleva la contabilidad separada que le exige el art. 120 LSC., no podérsela de la contabilidad de la matriz, debiéndose tener por válido lo que surja de los libros de su contraparte.

II. REPLANTEO DE LA ÓPTICA DE ANÁLISIS

Como se advierte, el análisis de las distintas teorías hasta aquí expuestas sobre las consecuencias de la falta de inscripción se circunscribió siempre —aunque con algunos matices— a la óptica propia y particular del derecho societario.

(8) Benseñor, Norberto R., "Sociedades constituidas en el extranjero. Reconocimiento de la personalidad jurídica y legitimación para actuar" cit., p. 22.

(9) Uambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general", t. I, 1973, Ed. Perrot, p. 383.

(10) Uambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., p. 383.

(11) Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Parte general", t. I, 2003, Ed. Abeledo-Perrot, ps. 390 y 392, pto. 455 y 458.

(12) Uambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., p. 387.

Sin embargo, si ampliamos el campo de análisis a las normas del Código Civil, de inmediato se advierte que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras es un hecho incontrovertible que surge del art. 34 CCiv., que expresamente dispone que "Son también personas jurídicas... los establecimientos, corporaciones o asociaciones existentes en países extranjeros".

Siendo incuestionable el carácter de persona jurídica, nos resta ahora adentrarnos en el análisis de su capacidad para actuar en el país. Y adelanto aquí —a modo de conclusión anticipada— que la falta de inscripción comporta una auténtica limitación en la capacidad de derecho del ente extranjero para ejercer actividad habitual en la República, lo que necesariamente conlleva la nulidad de los actos otorgados por ésta en ausencia de tal inscripción.

Seguidamente se explican los fundamentos para tal conclusión:

a) Capacidad. Concepto. Diferencia entre incapacidad de hecho y de derecho

Conforme a la definición que adoptará Uambías (9) siguiendo a Orgaz, "se llama capacidad a la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas".

Diverso del concepto expresado, que corresponde a la capacidad de derecho, es el de capacidad de hecho, o sea, la aptitud de las personas naturales o físicas para actuar por sí mismas en la vida civil (10).

En igual sentido se expresa Borda (11), al diferenciar la capacidad de derecho de la capacidad de hecho diciendo que "La capacidad de derecho es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones", en tanto que "La capacidad de hecho es la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones".

La incapacidad, por su parte, alude a una ausencia de capacidad del sujeto. Puede faltar la aptitud para ser titular de determinada relación jurídica, y entonces se padece una incapacidad de derecho; o puede carecerse de la aptitud para ejercer por sí mismo los derechos que se tienen, y entonces se padece una incapacidad de hecho (12).

Cuando se veda al abogado que pueda convertirse en dueño de las cosas de su cliente (conf. art. 1361 inc. 6) se le impone una incapacidad de derecho para adquirir tales cosas, en resguardo del buen manejo de los intereses ajenos cuya defensa se le ha encomendado. Paralelamente, cuando se impide a un menor de edad la gestión de su patrimonio, se le impone una incapacidad de hecho en protección del mismo titular de los bienes que sería perjudicado por el ejercicio que hiciera por sí mismo de sus derechos en razón de su propia inmadurez.

b) Aspectos que diferencian a las incapacidades de hecho respecto de las de derecho

Seguimos la enumeración efectuada por Llambías (13), podemos señalar los siguientes:

1.- Diverso fundamento

Como se advierte, la razón de ser de una y otra incapacidad es muy diferente. La incapacidad de hecho se instituye en razón de una insuficiencia psicológica del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos. La incapacidad de derecho —en cambio— se sustenta en razones de orden moral.

Con su institución, que impide que alguien sea titular de un derecho determinado, se espera mantener las relaciones humanas en un nivel moralmente más saludable que si se permitiera lo que está prohibido.

2.- Diverso remedio

La incapacidad de hecho se suple por la institución de un representante que remedia la inferioridad en que se encontraba el sujeto (conf. art. 58 CCiv.). Inversamente, la incapacidad de derecho no es susceptible de remedio, pues sería contradictorio de la prohibición legal que se previera algún modo de eludirla.

3.- Diverso sentido de su institución

La incapacidad de hecho se establece para amparar al sujeto sobre quien recae: es una medida de protección que se ha instituido para poner al titular de los bienes a cubierto de los inescrupulosos que se quisieran aprovechar de su insuficiente madurez. La incapacidad de derecho, en cambio, se instituye no para favorecer al incapaz sino contra él, y para proteger el orden público previniendo incorrecciones que pudieran intentarse si no existiese reato alguno.

(13) Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., p. 388 y ss., ns. 567 a 572.

4.- Diverso rigor de la sanción de nulidad

Una y otra incapacidad dan lugar a la nulidad del acto jurídico obrado en contravención de la ley. En general siempre la nulidad acompaña a toda incapacidad; es como su contrapartida, porque es la reacción de la ley contra los que la contravienen (conf. art. 1040 CCiv.). Pero la nulidad funciona con un rigor muy distinto cuando la ley reacciona respecto de una incapacidad de hecho o de derecho.

Frente a una incapacidad de hecho la ley reacciona benignamente e impone al acto obrado una nulidad relativa; que sólo puede ser articulada por el incapaz (conf. arts. 1048, 1049 y 1164 CCiv.). Por el contrario, frente a una incapacidad de derecho, en principio, la ley reacciona rigurosamente, imponiéndole al acto obrado en contravención la sanción de nulidad absoluta, que es la más intensa aniquilación al alcance del legislador.

5.- Diversa elección de ley aplicable

Las incapacidades de hecho se rigen por la ley del domicilio de la persona (conf. arts. 6, 7 y 948 CCiv.). En cambio, las incapacidades de derecho se sujetan a la ley territorial (conf. arts. 8, 9, 10 y 949 CCiv.).

c) La única incapacidad que las personas jurídicas pueden padecer es de derecho

A la luz de lo que hemos venido expresando, es tiempo de resaltar ya que las personas jurídicas sólo pueden padecer incapacidades de derecho.

Cuando se habla de capacidad, tratándose de las personas jurídicas, se alude a la capacidad de derecho. La capacidad de hecho es un concepto que no conviene sino a las personas de existencia visible, pues no se puede predicar respecto de las personas morales. En efecto, tal capacidad de hecho se plantea ante la posibilidad de sujetos que por alguna imperfección existente en ellos no están en situación de proveer por sí mismos al ejercicio de sus derechos, y de ahí la restricción que la ley les impone en cuanto a ese ejercicio. Ahora bien, con relación a las personas jurídicas no es posible concebir ese desdoblamiento entre la titularidad de los derechos y su ejercicio, porque desde su misma constitución cuentan con un dispositivo de actuación que permite a la entidad alternar en el mundo jurídico. Por consiguiente, conforme a su naturaleza, la persona jurídica por razón de su mismo carácter está dotada de los dispositivos necesarios de

actuación, que son incompatibles con toda eventual situación de imperfección o ineptitud para el manejo de sus derechos (14).

d) El incumplimiento de la inscripción registral como causal de incapacidad

La falta de inscripción registral comporta la prohibición para las sociedades constituidas en el extranjero de ejercitar en forma habitual en el país los actos comprendidos en su objeto social. Y tal prohibición implica una restricción a su capacidad de derecho.

En línea con lo expuesto, debe tenerse presente que el art. 31 CCiv. establece que "Las personas de existencia ideal pueden adquirir derechos o contraer obligaciones en los casos, por el modo y en la forma que este Código establece. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que, en los casos dados, les conceden o niegan las leyes". Y el art. 118 párr. 3º LSC. concretamente le niega a la sociedad constituida en el extranjero no inscripta la facultad de desarrollar actividad habitual en la República. Por lo tanto —de acuerdo con la terminología del propio art. 31 CCiv.—, no cabe más que concluir que tal negación comporta la consagración de una auténtica incapacidad para el sujeto foráneo. A igual conclusión se arriba bajo el análisis del art. 35 CCiv., que establece que "Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos y ejercer los actos que no les sean prohibidos".

Y claramente el art. 118 LSC. prohíbe a la sociedad constituida en el extranjero no inscripta aquí ejercer actividad de manera habitual en nuestro territorio.

La propia doctrina comercialista ha sostenido —aunque con relación al régimen estatuido por el art. 123 LSC.— que "la inscripción prevista por aquella norma obraría como un supuesto de capacidad del ente extranjero y la infracción como un supuesto de nulidad" (15).

Y a poco de que se analicen los fundamentos que sustentaron la institución del régimen de inscripción de las sociedades constituidas en el extranjero que pretenden

ejercer actividad habitual en el territorio, se advertirá de manera contundente que el mismo fue instituido como requisito de capacidad de derecho en defensa del orden público local.

e) El orden público como fundamento del requisito de inscripción

1.- Las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales clásicas

Ha sido reiteradamente sostenido por la jurisprudencia de nuestros tribunales que los principales fundamentos que sustentan la obligatoriedad de la inscripción en los registros mercantiles locales de aquellas sociedades foráneas que pretenden realizar actividad habitual en el país son los principios de soberanía y control sobre las entidades mercantiles que el Estado Nacional no puede abdicar (16).

Del mismo modo, se ha dicho que el régimen de publicidad que inspira toda inscripción mercantil y que constituye un sistema instituido en beneficio de todos los terceros es también pilar fundamental del requisito de inscripción, dando, además, certidumbre a las relaciones comerciales y de responsabilidad, concepto éste íntimamente vinculado a la moralidad comercial (17).

En tal sentido, nuestra jurisprudencia sostuvo que el régimen de publicidad ínsito en la inscripción mercantil permite a los nacionales contratantes con el ente proveniente del extranjero conocer la seriedad de la identidad del partícipe de éste, elemento de importancia para juzgar la eventual responsabilidad por el pasivo social (18).

En otras palabras, si se parte de la idea de que es de estricto interés para el comercio conocer no sólo todos los datos de los comerciantes, individuales o colectivos, sino también todas aquellas circunstancias que sirven para determinar las condiciones en que tal comerciante ejerce su actividad (su capacidad, la suficiencia de su activo y de sus bienes para responder por las obligaciones contraídas, la suficiencia de la personería otorgada a sus representantes, etc.); la obligación impuesta por los arts. 118 a 123 LSC. a las sociedades constituidas en el extranjero que pretenden desarrollar actividad habitual en el país se encuentra sólidamente justificada. Pero la inscripción exigida por la ley 19550 a dichos entes foráneos no se fundaría exclusivamente

(14) Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., t. II, p. 60, n. 1128.

(15) Rovira, Alfredo L., "Sociedades extranjeras", ps. 78 y 79.

(16) Conf. C. Nac. Com., sala A, 9/11/1959, "Roure Du Pont Argentina"; id., sala A, 20/7/1978, "Saab Scania Argentina S.A.", ED 79-390; id., sala D, 11/10/1978, "Squibb, S.A.".

(17) Favier Dubois, Eduardo M. (h.), "Derecho Societario Registral", 1994, Ed. Ad-Hoc, p. 26.

(18) C. Nac. Com., sala A, 20/10/1978, "Cerebos Argentina S.A.", y sala D, 11/10/1978, "Squibb S.A.".

Doctrina

en razones patrimoniales sino también –y básicamente– en principios de soberanía y control, que por obviedad trascienden el interés económico de quienes se vinculan con aquéllas. Restringir la cuestión a fundamentos meramente patrimoniales importaría ignorar el fundamento mismo de tal registración, que fue claramente expuesto por los legisladores en la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades (19).

A tenor de lo expuesto, cabría concluir que la limitación impuesta por el art. 118 LSC, a las sociedades constituidas en el extranjero que pretendan realizar actividad habitual en nuestro territorio ha sido fundada en razones de orden público en pos de la protección de nuestra soberanía y del tráfico comercial local.

Esta tesis ha encontrado sustento jurisprudencial en precedentes como el ya citado caso "Rolyfar", en que pese a que el ejecutado había consentido la manifestación efectuada por la sociedad extranjera acreedora en el sentido de que el acto en cuestión revestía el carácter de aislado, se resolvió que, "no obstante ello, por encontrarse en juego intereses que exceden el de los particulares o trascienden el interés económico que los vincula, corresponde igualmente determinar si en la constitución del mutuo que se ejecuta se desprenden elementos que desvirtúan la manifestación allí consignada" (20).

Y luego de observar que sí existían elementos que desvirtuaban tal afirmación y que importaban el incumplimiento de lo dispuesto por el art. 118 párr. 3º LSC., agregó: "Por lo tanto, tal omisión que como se observa resulta de suma trascendencia por tratarse de una norma de orden público, priva en consecuencia a la acción de tutela judicial en los términos en que ha sido planteada. No puede ser admitida la vía elegida para convalidar actos u operaciones fuera del marco de la ley".

2.- La inscripción como mero medio de tutela del crédito

En una línea contraria a la explicada en el punto que antecede, Otaegui entiende que no hay en esta materia una cuestión de orden público ni un problema de soberanía ni de control. Sostiene que nuestro primer Código de Comercio de 1862, el siguiente de 1890 y actualmente la Ley de Sociedades Comerciales enfocaron la inscripción de la sociedad constituida en el exterior como una carga, y por ello de cumplimiento

voluntario, tal como ocurre con la matriculación de los comerciantes y la inscripción de las sociedades constituidas en el país, carga que habría sido prevista para tutela del crédito con determinados beneficios para los cumplidores (21).

Entiende que la matriculación del comerciante y la inscripción de la sociedad comercial hacen a la información de la plaza para tutela del crédito. Afirma que el motivo de la registración de comerciantes y sociedades comerciales consiste en que el ejercicio del comercio implica el recurso habitual y profesional al crédito, lo que debe estar en conocimiento del mercado.

De modo tal que en pos de la tutela del crédito, el ordenamiento jurídico incentivaría la inscripción registral con una serie de beneficios, que en el caso de los comerciantes unipersonales hoy se han visto reducidos a la fe que merezcan sus libros (conf. inc. 1 art. 26 CCom.), pero que en el supuesto de las sociedades comerciales resultan de vital importancia: tal el caso del beneficio de excusión en las sociedades de personas y el de limitación de responsabilidad en las S.R.L. y en las sociedades por acciones.

Continuando con su desarrollo argumental, afirma el citado autor que la falta de inscripción (que a su criterio se reduce a una carga de cumplimiento meramente voluntario) lleva a la sociedad constituida en el extranjero a que no pueda gozar del incentivo brindado por el derecho en materia de responsabilidad, y por lo tanto los socios de la misma responderían solidaria e ilimitadamente.

3.- La opinión del autor

Por mi parte discrepo con la opinión de Otaegui, por cuanto si bien es cierto que la inscripción es una carga de cumplimiento facultativo para los comerciantes unipersonales, y que en el caso de las sociedades constituidas en nuestro país su falta de inscripción no las inhibe de actuar en el comercio sino que sólo les niega los beneficios de excusión y de limitación de responsabilidad (por lo que también cabría concluir en este caso que la inscripción está prevista como un carga de cumplimiento voluntario), en el supuesto de la sociedades constituidas en el extranjero no cabe trasladar sin más dicha conclusión, pues la redacción del art. 118 párr. 3º LSC. resulta suficientemente ilustrativa respec-

to de la prohibición de actuación que comporta la falta de inscripción.

En efecto, el mencionado artículo dispone que la sociedad extranjera sólo se halla habilitada para realizar actos aislados y estar en juicio, pero para poder llevar a cabo un ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social debe cumplir con los requisitos de inscripción.

Si no cumple, la sanción no será ya la no concesión de un beneficio que habría sido concebido a modo de incentivo, sino la total prohibición de realizar tal actividad habitual.

La diferencia de criterio adoptada por el legislador respecto del comerciante individual se advierte claramente del solo contraste de la redacción impuesta al art. 25 CCom., que es el que se refiere a la matriculación de éstos.

El referido art. 25 dispone: "Para gozar de la protección que este Código acuerda al comercio y a la persona de los comerciantes, deben éstos matricularse en el tribunal de Comercio de su domicilio". Aquí, como bien señala Otaegui, la inscripción registral se exige para poder tener acceso a un beneficio; y quien no cumple con tal recaudo no está inhibido de actuar en el comercio sino que simplemente no accede al beneficio de la plena fe que merezcan sus libros.

En cambio, en el supuesto del art. 118 párr. 3º LSC. la inscripción que se exige a la sociedad constituida en el extranjero es un requisito habilitante para permitirle ejercer el comercio en forma habitual en nuestro territorio. Y, por ende, la falta de inscripción en este supuesto comporta una limitación a la capacidad de derecho para obrar y no ya la mera pérdida de un beneficio.

Resumiendo, podemos afirmar que el comerciante individual que no se inscriba podrá ejercer el comercio (pues la calidad de comerciante no se adquiere con la matrícula sino con la práctica habitual de actos de comercio, conf. art. 1 CCom.), pero sus libros no gozarán de plena fe. La sociedad constituida en la Argentina que no se inscriba también podrá ejercer el comercio, pero sus socios no gozarán de los beneficios de excusión y de limitación de responsabilidad (quedando comprendidos por el régimen de irregularidad, conf. arts. 21 a 26 LSC.). En cambio, la sociedad constituida en el extranjero que no se inscriba no podrá ejercer el co-

mercio en nuestro territorio, pudiendo sólo practicar algunos actos aislados.

f) Limitaciones a la capacidad de derecho de las personas jurídicas

Conforme sostienen Bueres y Highton (22), el principio general de la capacidad de derecho de las personas jurídicas se encuentra limitado por el principio de la especialidad y por la misma ley.

1.- Limitaciones derivadas del principio de especialidad

El principio de especialidad es el límite más importante que encuentra la capacidad de derecho de las personas jurídicas, y que no posee parangón con relación a las personas físicas. El principio de especialidad consiste en que la ley reconoce capacidad de derecho a las personas jurídicas solamente para alcanzar los fines de su institución. Afirman los autores citados que este principio de la especialidad constituye, según la doctrina dominante, una limitación a la capacidad de derecho de las personas jurídicas.

El Código Civil argentino consagra expresamente el principio de la especialidad en su art. 35, al disponer que "las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos".

Continúan explicando que "A consecuencia de este principio, el objeto de cada persona jurídica actúa como límite a su capacidad: el ente sólo puede adquirir los derechos relacionados con su objeto, o que le permitan alcanzarlo. Y al mismo tiempo le está prohibido realizar actos contrarios o ajenos a su objeto, actos que en su caso serán afectados de nulidad" (23).

De manera concordante expresa Borda (24) que es menester establecer una diferencia fundamental entre las personas naturales y las jurídicas en cuanto a su capacidad: mientras que las primeras tienen todos los campos de la actividad jurídica a su alcance, y pueden ser al mismo tiempo profesionales, comerciantes, filántropos, educadores, deportistas, etcétera, las personas jurídicas sólo pueden realizar aquellos actos vinculados a los fines de su institución (conf. art. 35 CCiv.).

En el mismo sentido, Llambías afirma que la ley no otorga capacidad de derecho ilimitada a las personas jurídicas para que puedan efectuar cualquier actividad. Por el contrario, manifiesta que "el principio de la es-

(19) Nissen, Ricardo A., "Situación legal de las sociedades extranjeras no inscriptas en los registros mercantiles de la República", ED 177-862 y 866.

(20) C. Nac. Civ., sala F, "Rolyfar S.A. v. Confecciones Poza S.A.C.I.F.I.", LL 2003-D-533, supl. esp. Sociedades Extranjeras, n. 9; Impuestos 2003-B-2945.

(21) Otaegui, Julio C., "De la sociedad constituida en el extranjero o sociedad externa", Academia Nacional de Derecho, octubre de 2005, 1. Comunicación efectuada por el académico en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 8/9/2005.

(22) Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I., "Código Civil comentado", t. I, 1995, Ed. Hammurabi, p. 333.

(23) Conf: Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I., "Código Civil comentado" cit., p. 333.

(24) Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., t. I, p. 581.

pecialidad indica que la capacidad de la persona jurídica sólo puede ejercerse en orden a los fines de su institución, que son aquellos que el Estado en su momento computó como conducentes al bien común, y en vista de los cuales reconoció al ente como sujeto de derecho. Se comprende, entonces, que al margen de los fines de su institución carezca la persona jurídica de toda capacidad, porque en verdad carece también de personalidad" (25).

A la luz de lo expuesto cabría preguntarse aquí: ¿cómo podrían los ciudadanos argentinos enterarse del fin u objeto que persigue la sociedad constituida en el extranjero que pretende desarrollar actividad habitual en nuestro territorio si ésta no cumpliera con el requisito de inscripción registral?

La falta de inscripción redundaría en la imposibilidad material de conocer el objeto del ente y por lo tanto el límite de su capacidad.

Bien es cierto que idéntico interrogante cabría formularse respecto de las sociedades constituidas en la Argentina que no se encontraran regularmente inscriptas. Sin embargo, el ordenamiento jurídico ha querido a este respecto formular una suerte de excepción y conceder un tratamiento más benévolo al reconocerle capacidad para actuar, aunque sancionando a sus socios con un régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada sin beneficio de excusión. Situación ésta que difiere sustancialmente de la de la sociedad constituida en el extranjero, a la que el art. 118 párr. 3º LSC., lisa y llanamente, le inhiere de capacidad de derecho para actuar en el país en forma habitual.

Benseñor, quien por su parte discrepa con la posición recién explicada, afirma que en el derecho societario tal cual hoy es concebido la capacidad constituye un emergente consecuente de la personalidad jurídica y que incluso permite el obrar de la entidad, a través precisamente de sus órganos. En tal sentido afirma que la capacidad se presume amplia, por cuanto la persona jurídica se encuentra habilitada para ejercer todos los actos que fueren conducentes a su desenvolvimiento. De modo tal que la capacidad quedaría vinculada, indudablemente, al reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho por parte del ordenamiento jurídico territorial, reconocimiento que excedería las limitaciones del propio objeto social, el cual, lejos de limitar la

capacidad del ente societario, conformaría solamente un mecanismo de imputación, al constituir el referente de los actos celebrados por quien ejerciera la representación, para obligar a la sociedad frente a terceros (siempre que los actos no fueren notoriamente extraños al objeto social, art. 58 ley 19550) (26).

No comparto tal conclusión, pues la misma no explica el fundamento jurídico que le sirve de sustento para sustraerse al rigor positivo del texto del art. 35 CCiv. en cuanto limita la capacidad de la persona jurídica al objeto social.

A tenor de lo dispuesto por la norma referida, no se concibe de qué modo puede evadirse su imperio. Por otra parte, adviértase que el art. 58 LSC., lejos de contrariar lo normado por el art. 35 CCiv., viene a ratificar el alcance del mismo al disponer que si el acto celebrado por el administrador de la sociedad es notoriamente extraño al objeto social, el mismo no resulta oponible a ésta, lo cual implica reconocer un límite a la capacidad del ente y no sólo a la potestad representativa del administrador, pues como órgano de la sociedad, éste obliga a aquélla por todo lo que ésta tenga capacidad legal para ser obligada.

Inversamente, no puede sostenerse que por el hecho de que la ley obligue a la sociedad ante terceros por los actos otorgados por sus administradores aun cuando éstos hubiesen sido celebrados un poco más allá de su objeto social (pero sin llegar a ser notoriamente extraños al mismo) ésta goce de una capacidad plena. No, la atribución de responsabilidad por tales actos se establece en defensa de la seguridad del tráfico mercantil y de los terceros que contraten con aquélla, pero no comporta una ampliación de tal capacidad.

Se ha dicho que el fundamento del principio de la especialidad radica en que precisamente el fin u objeto de la persona jurídica es la razón de ser tenida en cuenta por el Estado para reconocerla como una persona independiente para el Derecho; por lo tanto, el Estado sólo le reconoce capacidad de derecho en cuanto tiene a ese fin u objeto (27).

Y tal interpretación resulta en un todo congruente con lo dispuesto por los arts. 18 y 20 LSC., al establecer que las sociedades que posean un objeto ilícito o que siendo lícito se encuentre prohibido en razón del tipo

(por ejemplo, el caso de la actividad bancaria o aseguradora que se reserva sólo para las sociedades anónimas) serán nulas de nulidad absoluta.

Para conceder el beneficio de la personalidad jurídica y el de la limitación de responsabilidad el legislador ha querido que el Estado se interiore de la actividad a desarrollar por el ente que pretende tales reconocimientos, pues este último habrá de desempeñarse en el tráfico comercial local, pudiendo poner en riesgo la seguridad jurídica de los ciudadanos que contraten con el mismo.

Es por ello que el Estado exige a estos entes la inscripción registral. Pues es en dicha oportunidad cuando el Estado puede ejercer su autoridad de contralor y verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos indispensables para conceder el beneficio de la personalidad jurídica.

A partir de lo expuesto, no se advierte cuál sería el fundamento para permitir la actuación de una sociedad constituida en el extranjero que –pese a la obligación explícita impuesta por el Estado Nacional de inscribirse para poder realizar su actividad habitual en nuestro territorio (conf. art. 118 LSC.)– se niega a cumplir con tal inscripción, toda vez que en tal supuesto los ciudadanos locales que atemaran comercialmente con el referido ente no tendrían ningún tipo de acceso a información como para conocer la situación financiera del mismo (pues no presentaría balances), ni los nombres de sus accionistas, ni los de sus representantes legales, y ni siquiera su domicilio real, por lo que no tendrían aun ni la posibilidad de irlos a demandar al extranjero por no saber dónde ubicarlos.

De allí que la falta de cumplimiento del requisito de inscripción comporte necesariamente el establecimiento de una incapacidad de derecho sobre el ente constituido en el exterior a la hora de pretender desarrollar actividad habitual en el país.

2.- Limitaciones impuestas por la ley

Aun encuadradas dentro del principio de la especialidad, las personas jurídicas ven restringida su capacidad para la adquisición o mantenimiento de ciertos derechos, por imperio de la ley que así lo dispone (28).

La ley en ciertos casos limita la capacidad de derecho de las personas jurídicas por razones que el legislador valora como de política legislativa. Así, en ciertos su-

puestos la persona jurídica se ve privada de adquirir algunos derechos (29).

Y esto es lo que ocurre en nuestra legislación respecto de las sociedades constituidas en el extranjero, quienes sólo tienen capacidad para realizar un acto aislado en nuestro territorio (conf. art. 118 párr. 2º LSC.). Pero si quieren realizar en forma habitual actos comprendidos en su objeto social, deberán entonces cumplir en forma previa con los requisitos de inscripción establecidos por el art. 118 párr. 3º LSC.

III. APLICACIÓN DE LA LEY ARGENTINA PARA LA VALORACIÓN DE LAS INCAPACIDADES DE DERECHO

A tenor de lo expuesto hasta el momento, podemos concluir que la violación al requisito de inscripción registral comporta una incapacidad de derecho. Sin embargo, esta conclusión sólo es válidamente sostenible si se parte de la base de que la materia objeto de análisis debe ser estudiada desde la perspectiva del derecho local. Criterio éste que no resulta unánimemente compartido por la doctrina.

Así, Benseñor (30) entiende que la ley que rige la capacidad de la sociedad constituida en el extranjero es la de su lugar de constitución. En efecto, puesto a individualizar qué legislación define la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, el citado autor entiende que una primera respuesta la brinda el art. 34 CCiv. al referir que el reconocimiento como persona jurídica se condiciona a que la entidad pueda desenvolverse en las mismas condiciones fijadas por el art. 33 CCiv. para el funcionamiento de las corporaciones constituidas en la República, es decir, que de acuerdo con sus estatutos, tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar. Entiende que tal solución comporta una remisión en materia de capacidad a los estatutos fundacionales y a las propias condiciones de existencia del ente extranjero, resueltas y obtenidas fuera del territorio de la República.

Por mi parte no comparto tal criterio, pues la referencia que el art. 34 CCiv. efectúa respecto del art. 33 CCiv. de ningún modo pretende establecer una regla en materia de capacidad del ente constituido en el extranjero, sino sólo un requisito habilitante para que dicho ente pueda ser considerado persona jurídica por nuestro ordenamiento.

(25) Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., t. II, ps. 60 y 61.

(26) Benseñor, Norberto R. y Ceravolo, Ángel, "Legitimación contractual de las sociedades constituidas en el extranjero", LL 2006-A-1090.

(27) Salvat y Romero del Prado, "Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general", t. I, n. 1228, p. 973. Este autor sostiene además que los actos ajenos al objeto importan un cambio de éste, cambio que exigiría un nuevo consentimiento de los miembros y la correspondiente autorización del Estado.

(28) Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., t. II, p. 62.

(29) Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I., "Código Civil comentado" cit., p. 337.

(30) Benseñor, Norberto R. y Ceravolo, Ángel, "Legitimación contractual de las sociedades constituidas en el extranjero" cit., p. 1090.

Lo que el art. 34 CCiv. establece es que si la sociedad proveniente de un país extranjero no tiene reconocidas la condición de sujeto de derecho ni la plena capacidad de actuación en el mundo jurídico en su propio lugar de origen, no podrá pues ser considerada persona jurídica (en cuanto centro diferenciado de imputación de normas) en nuestro país. Pero ello de ningún modo autoriza a concluir que si el ente constituido en el exterior sí goza de plena capacidad en su lugar de constitución, la misma se traslade sin más a la órbita de la jurisdicción soberana argentina.

Podrá eventualmente la incapacidad de hecho —que es la que se establece a favor del incapaz— registrarse por la ley extranjera, pero nunca la capacidad o incapacidad de derecho.

Así, si un sujeto de 19 años de edad es considerado capaz por su país de origen, podrá serlo también para los actos que otorgue en nuestro territorio. Pero la capacidad de derecho está prevista en protección del orden público, y por eso no puede registrarse por la ley del país extranjero. Tal es el caso, por ejemplo, de la prohibición para las sociedades extranjeras de ser controlantes de empresas de transporte aerocomercial (Código Aeronáutico, ley 17285 [ALJA 1967-B-1496], art. 99 inc. 4). Por más que se le reconozca el carácter de persona jurídica y que dicha sociedad tenga plena capacidad en su país de origen, la misma no tendrá tal capacidad en el caso concreto en nuestro territorio.

Idéntica situación plantea el art. 2 ley 25570 (LA 2002-B-2651) sobre bienes culturales y medios de comunicación.

Conforme ya lo adelantara, para la valoración de las incapacidades de derecho resulta siempre aplicable —a mi entender— la legislación argentina. Ello así, según lo dispuesto expresamente por el art. 949 CCiv., que establece: "La capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las leyes de este Código".

Comentando el referido artículo afirma Rivera (31) que la ley aplicable a la capacidad de derecho es la ley argentina. En estos casos no se aplica la ley del domicilio, sino el Derecho nacional.

En igual sentido se expresa Llambías, tal como ya lo hemos visto *supra* cap. II, pto. b.5.

Por su parte, el art. 1209 CCiv. establece también que "Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Esta-

do, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones, por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros".

Idéntica solución es la que adopta el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, el que determina que para los actos de un ente extranjero que deban cumplirse en otro país o que sus efectos se produzcan en otro país, la capacidad de derecho de dicho ente se rige por las normas del país donde el acto se cumpla o surta sus efectos.

Dicho Tratado determina además lo siguiente:

"Art. 4. Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se sujetará a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos".

De manera tal que ninguna duda puede haber sobre la aplicación de la ley argentina para la determinación de la capacidad de derecho del ente constituido en el extranjero que pretenda ejercer actividad habitual en el país.

IV. LA NULIDAD COMO CONSECUENCIA DEL ACTO CELEBRADO POR EL INCAPAZ

Ya hemos visto cómo la violación al requisito de inscripción registral comporta una incapacidad de derecho. Tócanos ahora adentrarnos en la determinación de las consecuencias del acto celebrado por el incapaz.

Y si bien ya he adelantado algo sobre el particular, cuadra señalar en esta oportunidad el sustento normativo de la nulidad que propicio. Y el mismo se encuentra en lo dispuesto por el art. 1040 CCiv., que establece que "El acto jurídico, para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho".

Siendo que la sociedad constituida en el extranjero que no se encuentra inscrita en el país es un sujeto incapaz de derecho, consecuentemente, el acto jurídico otorgado por ésta en nuestro territorio que comporte el despliegue de una actividad habitual será un acto viciado de nulidad.

a) Acto nulo o anulable

El acto así viciado será un acto nulo o anulable dependiendo de que el vicio aparezca en forma manifiesta o no al momento del otorgamiento del acto (conf. art. 1038 CCiv.).

Si la sociedad no inscrita manifestara falsamente que el acto realizado comporta la celebración de un acto aislado, éste sería anulable por cuanto haría falta una investigación posterior para determinar la existencia del vicio.

Por el contrario, si informara que comporta el ejercicio de una actividad habitual, el acto sería nulo, habida cuenta del carácter manifiesto del mismo.

Sin embargo, el problema se plantea cuando la sociedad omite manifestar el carácter del acto. Si se interpretara que existe obligación por parte del ente de invocar que se trata de un acto aislado para quedar habilitada para otorgarlo, entonces la falta de manifestación al respecto conduciría a concluir que el vicio sería evidente, y por lo tanto el acto sería nulo.

Por el contrario, si se concluyera que el ente constituido en el extranjero no se encuentra formalmente obligado a efectuar tal manifestación, su omisión en nada perjudicaría a la validez del acto, siendo pues necesario efectuar una investigación para determinar la existencia o no de una actividad habitual y, en consecuencia, detectar el vicio. De modo tal que en tal supuesto el acto sería anulable.

Sin perjuicio de lo anterior, la falta de manifestación por parte de la sociedad en cuestión tendrá influencia a la hora de determinar la eventual buena o mala fe de su contraparte, pues es innegable que un comerciante probo y leal que se conduzca con la diligencia de un buen hombre de negocios, sabiendo que se trata de un ente constituido en el exterior, debería exigirle mínimamente a fin de determinar su capacidad para actuar en el país que le informe si se encuentra inscripto por el art. 118 párr. 3º LSC., o si el acto que está realizando es un acto aislado que califica por el párr. 2º del mismo artículo.

b) Nulidad absoluta o relativa

Toda vez que la finalidad tuitiva del requisito de inscripción estatuido por el art. 118 LSC. no busca amparar a la sociedad extranjera sino a la comunidad jurídica argentina, al tráfico comercial local y a los ciudadanos nacionales que contraten con aquélla, no cabe más que concluir que se encuentra comprometido el orden público, y, por ende, la nulidad involucrada será además de carácter absoluto.

En este orden de ideas bien conviene recordar las palabras de Llambías cuando dice que "frente a una in-

capacidad de derecho, la ley reacciona rigurosamente, imponiéndole al acto obrado en contravención la sanción de nulidad absoluta, que es la más intensa aniquilación al alcance del legislador" (32).

El carácter absoluto de la nulidad implica que (i) la misma no es susceptible de confirmación, (ii) es imprescriptible, (iii) puede ser invocada por cualquier tercero con un interés legítimo y (iv) puede (es más, debe) ser declarada de oficio por el juez (conf. art. 1047 CCiv.):

En idéntico sentido se expresa Borda (33) al afirmar que cuando existe una incapacidad de derecho es porque media un interés superior o una razón moral o de buenas costumbres. De ahí que las incapacidades de derecho sean de orden público; y como consecuencia de ello, la realización de un acto por un incapaz de derecho da origen a una nulidad absoluta, y por lo tanto no susceptible de confirmación:

Sólo excepcionalmente una incapacidad de derecho puede dar lugar a una nulidad relativa, cuando la misma esté prevista primordialmente en defensa de un interés particular más allá de la propensión natural de este tipo de incapacidades a mantener las relaciones humanas en un nivel moralmente más saludable que si se permitiera lo que está prohibido. Tal sería eventualmente el caso del impedimento para comprar que alcanza a los padres, tutores, curadores, albaceas y mandatarios, a quienes se les prohíbe la adquisición de los bienes de sus representados; no sólo en defensa de la moralidad de las relaciones sino primordialmente en defensa de los propios incapaces de hecho a quienes ellos representan (34).

Huelga resaltar que en el caso del art. 118 párr. 3º LSC. no se advierte cuál podría ser el interés particular protegido. La norma es una regla de tipo genérico establecida en resguardo de toda la comunidad local.

Sin perjuicio de todo lo anterior, he de señalar que a igual conclusión se llega por vía de la aplicación del art. 18 CCiv., el cual establece que "los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención".

Y aquí bien vale la pena recordar una vez más que las sociedades constituidas en el extranjero no inscritas tienen expresamente prohibido celebrar actividad habitual en el país.

Si bien el art. 1040 CCiv. ya prevé expresamente la

(32) Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., p. 389, n. 570.

(33) Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., t. I, p. 392.

(34) Conf. C. Nac. Civ., sala D, LL 101-1001 (6184-S); id., sala F, LL 104-755 (7248-S).

sanción de invalidez, el art. 18 CCiv. viene a reafirmar significativamente el concepto:

V. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD

Analizaremos separadamente los supuestos de los actos nulos y de los actos anulables.

a) Actos nulos

Ha de sentarse como principio general que el acto nulo es invalidado directamente por la ley misma, que lo tiene por tal aunque su nulidad no haya sido juzgada (conf. art. 1038 parte 2^a). Su ineficacia existe *ab initio*, desde el origen mismo del acto, el cual nace con un vicio congénito, definido por la ley, de tal manera que es ese vicio lo que obsta a la validez del acto e impide la producción de sus efectos (35).

Sentado el principio general, cuadra ahora observar las consecuencias de dicha sanción respecto de las partes y de los terceros interesados.

1.- Efectos entre las partes

Hay que distinguir aquí según se trate de un acto ya ejecutado o de uno pendiente de ejecutar.

A) Acto no ejecutado

En tal caso, declarada la nulidad, no es posible exigir el cumplimiento de las obligaciones que de él derivan; más aún: si la nulidad todavía no ha sido declarada, puede ser opuesta por vía de excepción por el interesado (conf. art. 1058 bis) (36).

B) Acto ejecutado

Cuando el acto ha sido ejecutado, la parte que aspire

a desvirtuar sus consecuencias materiales se verá precisada a deducir una acción judicial, denominada acción de nulidad. La admisión de esta acción no origina una nueva situación de derecho. La sentencia de nulidad nada innova; no acuerda derechos ni los quita. Sólo verifica o declara cuál es el verdadero alcance de la situación preexistente al expedir la certificación de que el acto cumplido, por nulo, carece de efectos (37). La verificación de tal circunstancia producirá las siguientes consecuencias:

(i) **Obligación de restituir**, dictada la sentencia de nulidad, recobra plena operatividad la situación jurídica existente en forma previa al acto nulo. De modo tal que si se operó la transmisión de un bien como consecuencia de un acto nulo, tal transmisión carece de causa y paralelamente recobra plena eficacia la causa que tenía el transmitente con anterioridad a la transmisión para conservar para sí el bien transmitido. De modo tal que, técnicamente hablando, en el caso de los actos nulos no será la sentencia de nulidad la que obligue a restituir, sino que la restitución reconocerá su causa en la subsistencia del derecho preexistente al acto nulo, que éste ha dejado inalterado (38).

Diferente será la situación en el supuesto de los actos anulables, en el que —como veremos— existe una previsión específica plasmada en el art. 1052 CCiv.

(ii) **Frutos**: en este punto se plantea una sutil —pero no por ello poco importante— diferencia entre lo que sostienen Llambías y Borda. Para el primero de ellos el régimen relativo a los efectos de la sentencia de nulidad sobre los frutos, establecido por los arts. 1053 y 1054 CCiv., no resulta aplicable al supuesto de los actos nulos, sino sólo al de los actos anulables (39), mientras que el segundo de ellos, tras reconocer que la solución de Llambías implicaría una solución más justa, entiendo que la ley no efectúa un distinguo que autorice a

asumir tal conclusión y concluye, por ende, que los referidos artículos se aplican tanto a uno como a otro supuesto (40).

El art. 1053 CCiv. dispone que "Si el acto fuere bilateral, y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en sumas de dinero, o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí".

Si este artículo no resultara aplicable para el caso de los actos nulos, entonces no existiría la posibilidad de compensar y las partes deberían restituirse la totalidad de los frutos percibidos de la cosa desde el mismo momento en que ésta les fue entregada. Ésta sería la solución más coherente con el principio general sentado de que el acto nulo es ineficaz desde su mismo origen aunque su nulidad no haya sido juzgada (conf. art. 1038 CCiv.).

Si, por el contrario, se aceptara la aplicación del art. 1053 a los actos nulos, existiría una franca contradicción entre la solución que brinda dicho artículo (en el sentido de que los frutos percibidos antes de la demanda de nulidad quedan para el que los percibió) y el principio sentado por el mentado art. 1038 CCiv.

Desde la posición de Llambías, la sentencia de nulidad no ejercería influencia sobre el régimen de los frutos que hubiere percibido la parte poseedora de alguna cosa fructífera recibida en virtud del acto nulo. La res-

titución de tales frutos dependería del carácter de la posesión, según fuere de buena o de mala fe, toda vez que la posesión de buena fe constituye un título legítimo de propiedad sobre los frutos percibidos (conf. art. 2423 CCiv.). Por lo tanto, el poseedor de buena fe podría conservar los frutos percibidos antes de la interposición de la demanda, pero no los posteriores, pues a partir de entonces su posesión habría perdido aquel carácter en razón del conocimiento de la causa desvirtuante del título en que se apoyaba su posesión (conf. arts. 2358 y 2433 CCiv.) (41).

Debo aclarar que no comparto el criterio sustentado con relación a la posibilidad de invocar buena fe para apropiarse de los frutos percibidos, pues tratándose de un acto nulo; el vicio que afecta el mismo aparece manifiesto y, en consecuencia, nadie puede alegar su desconocimiento como causal justificativa de una eventual buena fe.

Por su parte, el art. 1054 dispone que "si de dos objetos que forman la materia del acto bilateral, uno solo de ellos consiste en una suma de dinero, o en una cosa productiva de frutos, la restitución de los intereses o de los frutos debe hacerse desde el día en que la suma de dinero fue pagada, o fue entregada la cosa productiva de frutos".

Si bien ya hemos visto que dicho artículo resultaría sólo aplicable al supuesto de los actos anulables, lo cierto es que la solución por éste propiciada no me merece reparo alguno respecto de los actos nulos, pues el resultado de su aplicación no distaría en nada de lo que

nulos, sino a los anulables. 4) Este argumento se ve reforzado por la consideración del texto de la ley. El art. 1050 no habla de acto nulo, sino de acto anulado, y es indudable que 'nulo' y 'anulado' son calificaciones que no pueden convenir a una misma e idéntica realidad. El acto nulo no requiere ninguna operación ulterior que lo invalide, esto es, que lo anule, puesto que está invalidado por sí mismo, en razón del vicio congénito, ya definido por la ley, que lo desvirtúa. En cambio, el acto anulable es reputado válido mientras no sea anulado, y requiere indispensablemente de la sentencia para quedar anulado. Sólo los actos anulables pueden después de un cierto momento ser actos anulados. Gramaticalmente, anulable significa pasible de ser anulado. Y como el art. 1050 sólo alude a los actos anulados, está claro que no incluye la disposición sino a los actos que comenzaron por ser anulables, nunca nulos. 5) El examen de los artículos que siguen al 1050 analizado, corrobora la convicción formada. El art. 1051 vuelve a hablar de 'acto anulado' para contemplar la suerte de los derechos derivados a favor de terceros. El art. 1052 insiste en referirse a la 'anulación' del acto y a la obligación de restituir que proviene de dicha anulación, siendo incuestionable que, tratándose de actos nulos, la obligación de restituir no deriva de una anulación imposible, sino de la sola ejecución de un acto que, por ser nulo, carece de idoneidad para causar la adquisición del derecho alguno. En fin, los arts. 1053, 1054 y 1055, por su evidente correlación con los anteriores, sólo pueden ser referidos a los actos anulables y a las consecuencias emanadas de la sentencia de anulación; el codificador ha querido prever diversas modulaciones, que, según los casos, presenta la obligación de restituir, entre partes, derivada del pronunciamiento judicial de la anulación" (Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., p. 626).

(40) Refiriéndose a la teoría de Llambías, Borda apunta que "No obstante su rigor lógico, el argumento no nos parece decisivo. Aun tratándose de nulidades dispuestas *ab initio* por la ley, la sanción no significa privar de todos sus efectos a los actos nulos, pues la misma ley, no la sentencia, les atribuye a veces efectos muy importantes. Y aunque la original interpretación Llambías permitiría una solución más justa del problema de la adquisición de los frutos, no creemos que sea posible apartarse del texto del art. 1053 y ss., que son muy claros cuando comprenden tanto a los actos nulos como a los anulables" (Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., p. 400).

(41) Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., t. II, p. 630.

(35) Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., t. II, p. 626.

(36) Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., t. II, p. 397.

(37) Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., t. II, p. 629.

(38) Moyano, Juan A., "Las restituciones del art. 1052 CCiv. no son efectos de la anulación de actos jurídicos", JA 43-293.

(39) Los fundamentos que expresa el citado autor para sostener que los arts. 1050 a 1055 sólo se refieren a los actos anulables son los siguientes: "1) Así lo indica el art. 1050, que alude exclusivamente a la nulidad pronunciada por los jueces, que es la que corresponde a los actos anulables, por cuanto la de los actos nulos es independiente de todo pronunciamiento judicial, por reputarlos tales la ley aunque su nulidad no haya sido juzgada (conf. art. 1038 *in fine*). 2) Esta inteligencia resulta reforzada por la consulta del sistema de Freitas, mentor habitual del codificador en esta materia. En el Esbozo de este autor se oponen continuamente las nulidades que sólo declaran los jueces (actos nulos) a aquellas otras que juzgan por sentencia (actos anulables). Nos parece innegable que solamente estos últimos actos, cuya nulidad es dependiente de juzgamiento según la terminología de Freitas (Esbozo, art. 788), pueden requerir que su invalidez sea pronunciada por los jueces. 3) Esta conclusión es la única que salva la contradicción que, de lo contrario, existiría entre el art. 1038 y los arts. 1050 y ss. Pues si los actos nulos se reputan tales aunque su nulidad no haya sido juzgada, no es admisible que pueda la sentencia que los verifique en este carácter introducir alguna alteración en su estado precedente de ineficacia jurídica. En otras palabras, si los arts. 1050 y ss. se refieren a los actos nulos, tendríamos que habría dos categorías de dichos actos, según que ellos hubiesen sido o no reconocidos por sentencia. Pero como esta dicotomía es contradictoria, no sólo de la misma esencia del acto nulo, sino de los propios términos del art. 1038, sólo cabe la conclusión de que los arts. 1050 y ss. no comprenden en su órbita a los actos

resultaría de la aplicación del principio general de que el acto nulo es ineficaz desde su mismo origen aunque su nulidad no haya sido juzgada.

(iii) **Intereses:** siendo que los intereses constituyen una especie de frutos civiles: frutos del capital, resultan aplicables al caso todos los extremos mencionados en el punto anterior.

2.- Efectos respecto de terceros

A este respecto, el art. 1051 CCiv. dispone que todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable.

b) Actos anulables

Recordemos que a diferencia de los actos nulos, en este supuesto el vicio que invalida al acto no aparece manifiesto, siendo necesario una investigación para su determinación.

1.- Efectos respecto de las partes

También aquí resulta fundamental distinguir según el acto haya sido ejecutado o no.

A) Acto no ejecutado

Tal como lo expresáramos ya respecto de los actos nulos, cuando el acto aun no hubiese sido ejecutado, la parte cuyo cumplimiento es requerido podrá excepcionarse articulando el correspondiente pedido de nulidad (conf. art. 1058 bis CCiv.).

B) Acto ejecutado

Conforme a lo dispuesto por el art. 1046 CCiv., los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anula. Sin embargo, de acuerdo con lo establecido por el art. 1050 CCiv., la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo

o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado. Y ello dará lugar a las siguientes consecuencias:

(i) **Restituciones:** las partes deberán restituirse mutuamente lo que hubieran recibido o percibido recíprocamente en virtud o por consecuencia del acto anulado (conf. art. 1052 CCiv.).

(ii) **Frutos e intereses:** aquí sí cobra plena operatividad lo resuelto por los arts. 1053 y 1054 CCiv., pues ninguna discusión doctrinaria se ha suscitado en torno a su aplicación a los actos anulables; aunque sí se han levantado innumerables voces contra las posibles inequidades que la solución contenida por dichos artículos podría suscitar. Sin perjuicio de tales críticas, las cuales veremos más adelante, lo cierto es que la solución plasmada en dichas normas consiste en que si las dos partes del acto hubiesen recibido cosas productoras de frutos, los mismos se compensan recíprocamente hasta el día de interposición de la demanda de nulidad y de allí en adelante deberán restituírselos mutuamente. Si, en cambio, una sola de las partes hubiese recibido una cosa productora de frutos, ésta deberá restituir los frutos percibidos desde el mismo momento en que la cosa le fue entregada.

La crítica fundamental que se le formula a esta solución es que se aparta del principio sentado por el art. 2423 CCiv., conforme al cual el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos durante su posesión, y siendo que se trata de un acto anulable (es decir, de uno cuyo vicio no aparece manifiesto sino que requiere de una investigación para su detección), hubiese sido deseable que el legislador hubiese diferenciado la situación de la parte que actuó con ignorancia de la existencia del vicio.

Respecto de la compensación prevista por el art. 1053 CCiv., expresa Borda (42) que tal compensación sólo puede ser posible en el caso de que ambos contratantes fuesen de buena o de mala fe; pues si uno de ellos fuese de buena y el otro de mala fe, la solución propuesta importaría premiar al contratante deshonesto (43).

Respecto de la solución prevista por el art. 1054 CCiv., la objeción de Borda se basa en que la falta de distinción entre poseedor de buena o de mala fe termina obligando al que es de buena fe a restituir los frutos

(42) Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., t. II, p. 399.

(43) Para fundar su conclusión utiliza un ejemplo elaborado por Moyano ("Efectos de las nulidades", p. 129, n. 242): "El propietario de un viñedo improductivo obtiene, por medio de informes falsos sobre su rendimiento y por ocultamiento de la enfermedad de las cepas, que otro dueño de un viñedo en plena producción el permute la propiedad. El acto se consuma; pero demandada la nulidad y demostrado el dolo, el acto queda sin efecto y ambas partes deben restituirse los viñedos mutuamente. Si se aplicara a este caso el art. 1053, resultaría que la parte que procedió con dolo se beneficiaría con la producción de la buena viña y la víctima no percibiría fruto alguno".

desde que la cosa le fue entregada; como si se tratara de un poseedor de mala fe.

En este supuesto hubiese resultado preferible aplicar la solución del art. 2433 CCiv., conforme al cual el poseedor de buena fe que es condenado a restituir la cosa sólo debe los frutos percibidos con posterioridad al inicio de la demanda de restitución.

2.- Efectos respecto de terceros

Vuelve a resultar aquí de aplicación lo dispuesto por el art. 1051 CCiv., por lo que la sentencia de nulidad no producirá efecto alguno respecto del tercero adquirente de buena fe y a título oneroso.

VI. EFECTOS PRÁCTICOS DE LA SANCIÓN DE NULIDAD

Más allá de todo lo señalado a lo largo del capítulo que antecede, a fin de clarificar los efectos prácticos que traería aparejados la sanción de nulidad del acto otorgado por una sociedad constituida en el exterior, en el marco de una actividad habitual en el país sin encontrarse inscripta, seguidamente analizaremos, para concluir, las consecuencias suscitadas sobre el caso de un crédito hipotecario, que es el ejemplo que más ha motivado la atracción de la doctrina y la jurisprudencia con motivo del ya mencionado y polémico caso "Rolyfar".

Así, a tenor de lo expuesto precedentemente podemos concluir que:

(i) La operación de mutuo será nula de nulidad absoluta (ver *supra* cap. IV, ptos. a y b).

(44) Si bien la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta no se encuentra expresamente plasmada en el Código Civil, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia —en forma ampliamente mayoritaria— así lo entienden. La razón fundamental que se esgrime en este sentido es que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta es una consecuencia de la imposibilidad de confirmar el acto jurídico respectivo (Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I. "Código Civil comentado" cit., t. 2-C, p. 367). Por su parte, la Corte ha sostenido que "El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (Corte Sup., 24/11/1937, JA 60-367). Sin embargo, existe otra corriente doctrinaria que sostiene que la acción de nulidad absoluta es prescriptible (Loveras de Resk, María E., "Tratado teórico-práctico de las nulidades", Ed. Depalma, p. 38 y ss.). Esta corriente sostiene que "nos encontramos frente a dos instituciones de orden público, la nulidad absoluta y la prescripción, en ambas hay un interés general comprometido. Frente a esta situación el legislador se ha visto ante la necesidad de realizar una opción entre los intereses que cada una tiende a proteger, y creemos que la opción del legislador se ha realizado, primero al sancionar el art. 4019, y luego al mantenerlo en su redacción original. El art. 4019 CCiv. argentino ordena: 'Todas las acciones son prescriptibles, con excepción de las siguientes...', y contiene una enumeración de acciones que no prescriben en seis incisos, entre los cuales no se encuentra la acción de nulidad absoluta. El texto legal es claro y terminante, y sostener que la acción de nulidad absoluta es imprescriptible es *ir contra lege*".

(45) Se trata de una aplicación de la máxima romana *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, incorporada a nuestro Derecho positivo (Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I., "Código Civil comentado" cit., t. 2-C, p. 363). Esta solución ha merecido recepción jurisprudencial en el caso "Rastelli de Verna, A. v. González de Abdala, A." (C. Nac. Civ., sala F, 3/8/1990), LL 1991-B-359, DJ 1991-2-66. En este caso el tribunal sostuvo que la nulidad absoluta de una hipoteca por vulneración de la especialidad no podía ser alegada por el constituyente de la misa a quien se ejecutaba el crédito garantizado, de conformidad con el art. 1047 CCiv.

(ii) Consecuentemente, el vicio que afecte al acto no será susceptible de confirmación por voluntad de las partes (conf. art. 1047 CCiv.) y la acción para petitoria su nulidad será imprescriptible (44).

(iii) Dicha acción podrá ser peticionada por: (a) cualquier tercero interesado, como podría ser —por ejemplo— un tercer acreedor embargante del inmueble del deudor que quisiera destruir la garantía hipotecaria que pesa sobre el mismo para tener mayores probabilidades de cobro; (b) el Ministerio Público; y (c) en caso de que el vicio aparezca en forma manifiesta deberá ser declarada de oficio por el juez (conf. art. 1047 CCiv.).

(iv) Sin embargo, la sociedad no inscripta no podrá nunca solicitar la nulidad del acto. Ello así, por cuanto el art. 1047 CCiv. establece que la nulidad no podrá ser solicitada por aquel que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

(v) Del mismo modo, y con fundamento en el mismo artículo, si el vicio apareciera en forma manifiesta, la nulidad tampoco podría ser peticionada por el propio deudor, pues nadie puede alegar ante los jueces su propia torpeza en defensa de sus derechos (45).

(vi) De cualquier modo, la declaración de nulidad (ya sea a consecuencia del pedido de un tercero, o del propio deudor en los supuestos en que el vicio no apareciera en forma manifiesta) no significa que el deudor quede exonerado de restituir el dinero.

(vii) Por el contrario, deberá restituírlo de manera inmediata (ver *supra* cap. V, ptos. a.1.B.i y b.1.B.i).

(viii) Si no hubiese pagado nunca intereses, deberá

pagarlos desde la fecha en que le fue entregada la suma de dinero, ya sea que el acto fuese nulo o anulable (ver *supra* cap. V, ptos. a.1.B.ii y b.1.B.ii).

(ix) Pero el interés que deberá pagar no es el pactado en el mutuo hipotecario declarado nulo, pues, por su misma nulidad, el pacto carecerá de virtualidad ejecutoria. El interés que deberá pagar es el que fije prudentemente el juez (sobre la base de los parámetros de la jurisprudencia) como justa retribución del dinero.

(x) Si ya hubiera pagado intereses conforme al contrato de mutuo y éstos fueran mayores a los de plaza, la porción pagada en exceso a los de plaza carecería de causa y el acreedor debería restituirlos con más sus respectivos intereses, ya sea que el acto fuese nulo o anulable (conf. arts. 499 y 788 CCiv.). En cambio, para definir la situación de los intereses pagados como intereses de plaza sí habrá que distinguir según el acto fuese nulo o anulable (de acuerdo con si el vicio -actividad habitual sin la consecuente inscripción- aparecía en forma manifiesta o no).

(xi) A efectos del análisis del ítem señalado en el párrafo que antecede debe tenerse presente que cada cuota de interés que el deudor hubiese pagado al acreedor se convierte -una vez pagada- en una nueva suma de capital generadora de intereses que el acreedor le pasará a deber al deudor. Así, entonces, en el supuesto de que el acreedor hubiese engañado al deudor diciendo que el acto revestía el carácter de aislado el acto será anulable y -en consecuencia-, por imperio de lo previsto por el art. 1053 CCiv., los intereses devengados a favor de cada una de las partes con anterioridad al inicio de la demanda de nulidad se compensarían recíprocamente, y las partes sólo se deberían restituir los intereses devengados con posterioridad a la misma.

(xii) Dicho en otras palabras, el interés que el acreedor debiera al deudor (como consecuencia de las cuotas percibidas) se compensaría con el interés que el deudor debía al acreedor por el capital que recibió originalmente al celebrarse la operación de mutuo. Siendo así, nada tendrían que reclamarse recíprocamente las partes hasta la fecha de inicio de la demanda, con excepción -por su puesto- de la obligación de restituir el capital original que pesará sobre el deudor.

(xiii) Si, por el contrario, el acreedor no hubiese engañado al deudor y el vicio del acto surgiese de manera manifiesta, el acto entonces sería nulo y -conforme a la teoría de Llambías ya explicada *supra* cap. V, pto. a.1.B.ii- no operaría la compensación antes señalada,

siendo obligación de las partes restituirse los intereses respectivos desde que cada suma de dinero fue percibida. De este modo, el acreedor debería pagar al deudor los intereses generados por cada cuota de interés por él percibida.

(xiv) A primera vista esto podría parecer una solución injusta, porque si por \$ 1000 de capital el deudor debía pagar \$ 100 de interés, y así efectivamente lo hizo, y ahora resulta que esos \$ 100 generaron \$ 10 de interés que el acreedor debe al deudor, en definitiva, el acreedor terminaría recibiendo sólo \$ 90 de los \$ 100 que le correspondían.

Mas tal apreciación no sería correcta pues prescindiría en su análisis de la fecha de corte a la que la liquidación recíproca de frutos e intereses debe practicarse, que es la fecha de interposición de la demanda.

Por ello, si los \$ 100 de interés que el deudor debía al acreedor por el capital originalmente recibido se encuentran calculados a la fecha de inicio de la demanda de nulidad pero en realidad resulta que ya fueron pagados hace más de dos años, por ejemplo, el deudor -en definitiva- se perdió durante esos dos años de obtener la renta (que hemos fijado en \$ 10) de esa suma de dinero, mientras que -paralelamente- el acreedor que los cobró estuvo usufructuando ese dinero -o al menos tuvo la oportunidad de hacerlo- durante igual período de tiempo, obteniendo una renta adicional de \$ 10. En resumen de cuentas, si el acreedor no restituyera los intereses correspondientes a los importes percibidos antes de la demanda de nulidad, el acreedor terminaría siendo \$ 10 más rico y el deudor \$ 10 más pobre.

(xv) La hipoteca, por su carácter de accesoria a la operación principal, será también nula, por lo que el acreedor carecerá de privilegio alguno.

(xvi) Finalmente, pese a ello, si el vicio no apareciese manifiesto no podría frenarse la vía ejecutiva mediante la articulación de una excepción de inhabilidad de título, pues el mismo sería perfecto en cuanto a sus formalidades extrínsecas. Este criterio ha sido sostenido por Llambías (46), quien afirma que esta excepción no es procedente en el trámite del juicio ejecutivo porque esta causa de invalidez larvada y oculta no afecta a las formas extrínsecas del título que se ejecuta (conf. art. 544 inc. 4 CPCCN., ley 17454 [ALJA 1977-A-533]). Y el mismo ha sido receptado también por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal al dejar sin efecto el fallo de Cámara en el caso "Rolyfar" por considerar que la

(46) Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general" cit., t. II, p. 637.

frecuencia con que la cedente del crédito hipotecario ejecutado pudo haber actuado en el país significó apartarse de las formas extrínsecas del título, para inmiscuirse en el examen de la actividad comercial de aquélla; aspecto que, por tratarse de un juicio ejecutivo, correspondía evaluar (47).

curse en el examen de la actividad comercial de aquélla; aspecto que, por tratarse de un juicio ejecutivo, correspondía evaluar (47).

Las reformas sobre gobierno corporativo a seis años de su sanción

Por Ignacio Nicholso

SUMARIO:

I. Introducción al gobierno corporativo.- II. Objetivos y ámbito de aplicación: a) Imperativa versus autorregulación; b) El gobierno corporativo ¿se aplica sólo a las sociedades cotizadas?.- III. Algunos cuestionamientos.- IV. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN AL GOBIERNO CORPORATIVO

Cinco años atrás la legislación argentina incorporó a sus normas ciertos principios de gobierno corporativo mediante el decreto 677/2001 (LA 2001-B-1573). Nos proponemos reflexionar en este trabajo sobre las fronteras y alcances del concepto de gobierno corporativo (¿de qué hablamos cuando hablamos de *corporate governance*?), la normativa vigente en la Argentina sobre la materia y la eventual necesidad de su modificación a la luz de la realidad argentina.

El concepto de gobierno corporativo, *corporate governance* o buen gobierno en las sociedades comerciales nació a partir de la necesidad de "replantear las relaciones de poder en las sociedades cotizadas". La disociación entre la propiedad (de los accionistas) y el poder (de los administradores ejecutivos) en las sociedades cotizadas (1), marcada por la dispersión del capital social en un gran número de pequeños accionistas e inversores, provoca problemas de agencia, pues los inversores y accionistas carecen de la adecuada información que es dominada por los ejecutivos (asimetría en

la información). La irrelevante participación de estos accionistas conduce a su apatía, pues el costo de su intervención supera con creces el beneficio esperable.

Por su parte, los escándalos ocurridos en los últimos años en sociedades cotizadas en los mercados de valores internacionales han potenciado la urgencia de un serio planteo en la materia. A la ciencia jurídica se le exige una respuesta para que estos fraudes puedan ser evitados y sancionados.

La falta de transparencia, los problemas de agencia y el debilitamiento de la confianza de los inversores en el gobierno y administración de las emisoras incrementa el riesgo del mercado y por lo tanto afecta el precio de cotización de los valores negociables ofrecidos en el mismo. A mayor riesgo, mayor la tasa de descuento de los capitales invertidos y mayor entonces el costo del capital.

Para introducir mecanismos de control interno y externo que aseguren la fidelidad de los administradores y la protección del interés de la sociedad surgió la profundización del estudio del gobierno corporativo "entendi-

(47) Corte Sup., ED 209-136, n. 52912: "Si bien lo relativo a si el contrato que se ejecuta es o no un acto aislado en los términos del art. 118 LS. y si existe o no una sanción para el incumplimiento de esta norma, es un tema de derecho común que no puede ser objeto de tratamiento en la instancia extraordinaria, no ocurre lo mismo con las quejas referidas al acogimiento de la excepción de inhabilidad de título con prescindencia de lo establecido en el art. 544 CPCCN. (t.o. 1981, LA 1981-B-1472), ya que el examen de la frecuencia con que la cedente del crédito hipotecario ejecutado pudo haber actuado en el país, significó apartarse de las formas extrínsecas del título, para inmiscuirse en el examen de la actividad comercial de aquélla; aspecto que, por tratarse de un juicio ejecutivo, no correspondía evaluar" (del dictamen del procurador fiscal que la Corte comparte y hace suyo).

(1) Velasco San Pedro, Luis A., "El gobierno de las sociedades cotizadas (*Corporate Governance*) en España: El 'Informe Olivencia'", RDCO 2000-33-397.