

**LA SOCIEDAD CONSTITUIDA
EN EL EXTRANJERO DE TIPO
DESCONOCIDO EN EL ANTEPROYECTO
DE MODIFICACIÓN A LA LEY DE
SOCIEDADES COMERCIALES
DE LA COMISIÓN CREADA POR
RESOLUCIÓN MJ Y DH 112/02**

MARÍA CELIA MARSILI

CONTENIDO

La norma del art. 118, último párrafo, del Anteproyecto de Modificación a la Ley de Sociedades Comerciales de la Comisión creada por Resolución MJ y DH 112/02, como encuadre genérico para la sociedad constituida en el extranjero de tipo desconocido, traduce un criterio más adecuado que el de la ley vigente en tanto atiende a una aplicación de requerimientos en línea con la naturaleza estructural de los sujetos, al adoptar el criterio de la razonable analogía aplicado por la autoridad a cargo de la inscripción.

1.- LA REGLA DEL AMLSC Y SU INTERPRETACIÓN

Según el artículo 118 última parte del Anteproyecto de modificación a la Ley de Sociedades Comerciales, en lo sucesivo AMLSC, la sociedad constituida en el extranjero bajo un tipo desconocido por las leyes de la República cumplirá las formalidades que se determinen por la autoridad a cargo de la inscripción, con sujeción al criterio de la razonable analogía.

Considero que la fórmula del AMLSC es superadora de la Ley 19.550, por cuanto indica la aplicación de la analogía tipológica, criterio que guarda mayor razonabilidad que el de la aplicación del criterio del máximo rigor previsto en la ley para la determinación de las formalidades que estas sociedades deben cumplir bajo el régimen del vigente artículo 119. Si bien en los hechos es posible que los requisitos a aplicar sean los mismos que con el actual régimen, la nueva redacción del AMLSC, desde el punto de vista conceptual, configura una portada de mayor sensatez para el caso considerado.

Más allá de las exigencias que las autoridades de control requieran en sus jurisdicciones locales, es importante que se haya consagrado un criterio que toma en cuenta a los sujetos y su estructura para la determinación de los requisitos o medidas a aplicarles. El AMLSC ha superado un óbice que se había señalado al texto vigente del artículo 119, en tanto éste no contempla, en forma expresa, los diferentes modos de actuación de la sociedad de tipo desconocido, sino por remisión al artículo 118, lo cual arroja dudas sobre la aplicación de los requisitos de la atípica extranjera en caso de realización de actos aislados.

En la redacción propuesta por el AMLSC, atento a que el supuesto de la atípica constituida en el extranjero forma parte del artículo 118, puede interpretarse que ésta debe cumplir con las obligaciones impuestas por dicha norma para los diversos supuestos de actuación que ella contiene y tiene la facultad de realizar actos jurídicos (categoría legal de mayor amplitud que ha sustituido a los "actos aislados" del artículo 118 vigente) y estar en juicio, en iguales condiciones que las extranjeras típicas, ya que el régimen proyectado no distingue entre ambas clases.

Otra interpretación posible conduce a considerar que, a los fines

de no equiparar el tratamiento de típicas y atípicas, la autoridad de control podría imponerle a las últimas las formalidades de los tipos análogos para realizar actos jurídicos y estar en juicio, pero ello, en los hechos, parece improbable de concreción pues para aplicar las exigencias la autoridad de control debería conocer de antemano las intenciones de la sociedad de celebrar los actos o comparecer en juicio.

En consecuencia, en caso de que la sociedad pretenda hacer ejercicio del comercio deberá cumplir los recaudos previstos en los incisos 1 a 4 del artículo 118 en comentario, para la constitución o participación en sociedad el artículo 123 con el texto propuesto y para tener su domicilio o principal objeto en la República, el artículo 124. En todos estos supuestos, no cabe duda que serán de aplicación las formalidades a cumplir con arreglo al criterio de la razonable analogía, cuyos criterios fijará la autoridad de la inscripción, legitimada en su actuación por un soporte legal que la autoriza así a reglamentar el procedimiento que deberá seguir la sociedad atípica para actuar en el país en los casos indicados.

2.- EL RÉGIMEN VIGENTE. DIFERENCIAS

En la actualidad, conforme lo dispone el artículo 119 se aplica a las sociedades de tipo desconocido lo dispuesto por el artículo 118, correspondiendo al juez de la inscripción determinar las formalidades a cumplir en cada caso, con sujeción al criterio de máximo rigor previsto en la ley. Ello importa que no se examinarán las similitudes o correspondencias entre el "tipo desconocido" y las tipologías locales, sino que lisa y llanamente se aplicará a la constituida en el extranjero atípica el tratamiento del tipo más riguroso. En torno a la determinación del "máximo rigor" se han propuesto diversas interpretaciones. Entre ellas, que tal criterio importa el ajuste a los recaudos que se exigen para las sociedades típicas que le son afines,¹ regla ésta que tiene similitud con la analogía que propone el AMLSC.

Otra interpretación posible, prevaleciente en doctrina ante el

¹ Gutiérrez, Pedro Federico, "Sociedad extranjera de socio único en la legislación argentina con especial referencia al futuro del Mercosur" en Doctrina Judicial, año XVI, N° 2, La ley, Buenos Aires, 1999, pág. 79.

texto legal, sostiene que las exigencias a requerir provienen de la aplicación de las reglas del tipo más riguroso, sea éste afín a la atípica constituida en el extranjero o no. Tal interpretación parece armonizar mejor con el texto del artículo 119 que establece la aplicación del criterio del "máximo rigor" previsto en la ley, sin sujeción a un tipo. De tal modo habrá de establecerse cuál es el tipo de mayores exigencias en el catálogo legal y aplicárselas a la sociedad atípica².

En la jurisprudencia del organismo de control e inscripción societaria, en la Capital Federal el criterio del máximo rigor se traduce en el sometimiento de la sociedad atípica constituida en el extranjero al cumplimiento de los extremos previstos para las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización estatal permanente del artículo 299 de la Ley 19.550, que importa a más del control de constitución, el del funcionamiento, disolución y liquidación, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 299 de la ley societaria.

En la jurisdicción de la Capital Federal estos requisitos deberán complementarse, según el caso (inscripción a los fines de los artículos 118, párrafo tercero y 123 de la Ley 19.550), con el cumplimiento de lo dispuesto por la Res. N° 8/03 y sus actos aislados inscriptos en el Registro respectivo en los términos de la Resolución 7/03 que crea el Registro e Actos aislados de las Sociedades Constituidas en el Extranjero. Por esta última, la autoridad administrativa puede analizar la información obrante en el Registro, a los fines de determinar los supuestos en los cuales, por la reiteración de los actos, su significación económica, destino de los bienes u otras circunstancias relativas a su celebración, sea posible advertir elementos caracterizantes de una actuación habitual o principal por parte de la sociedad constituida en el extranjero para así compulsar la pertenencia a lo dispuesto por los artículos 118 o 124 de la Ley 19.550. y pertinente aplicación de la Resolución 8/03.

3.- DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO "TIPO DESCONOCIDO"

Una cuestión que deja subsistente el AMLSC es la de la deter-

² Rovira, Alfredo L. "Sociedades extranjeras. Análisis del régimen legal argentino", Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1985, pág. 93.

minación del concepto "tipo desconocido", que quedará por tanto en la interpretación doctrinaria y, en los hechos, en los criterios que diseñe la autoridad de control. Cabe, no obstante, puntualizar que, si nos apeamos a una interpretación literal del término "tipo desconocido", empleado tanto en la ley vigente como en el AMLSC, podemos llegar a considerar que toda sociedad constituida en el extranjero que no cuente con una denominación del tipo o "nomen juris" que tenga identidad con el catálogo local, será de tipo desconocido y, por consiguiente quedara comprendida en el régimen previsto para estos casos. A mi juicio una interpretación en este sentido no es compatible con la normativa de los ordenamientos considerados, que no pretenden imponer hostilidad hacia la actuación de la sociedad constituida en el extranjero. En este sentido, cabe recordar que respecto del artículo 119 de la Ley 19.550, que contempla el supuesto bajo análisis, expresa su Exposición de Motivos: "...se prevé el supuesto de la sociedad extrajera atípica: no se excluye su actuación, sino que, reconociéndosele esa capacidad, se regulan los requisitos aplicables". El AMLSC no se aparta de este espíritu y, en análogo documento, con referencia a las reformas al régimen de las sociedades constituidas en el extranjero delimita su alcance, manteniendo el espíritu de ley original, al manifestar: "La Comisión ha tenido en cuenta las situaciones que originan mayores controversias y a su solución se enderezan las reglas propuestas..."

También se ha planteado por ciertos autores³ (con referencia a la Ley 19.550) si el "tipo desconocido" previsto legalmente admite cualquier forma de atipicidad o bien sólo aquellas que denoten "tipos" societarios en donde por esencia o estructura puede predicarse la existencia de sociedad, dejando de lado aquellas estructuras que evidencien o encubran otras formas jurídicas no societarias. En este mismo contexto, y con nuestro actual régimen vigente (lo que no acontece con el AMLSC) cabe hacer referencia al supuesto de la sociedad unipersonal constituida en el extranjero como hipótesis de atipicidad. En

³ Chamorro Hernández, Albert; Junqueira, Graciela; Lovagnini, Ricardo; Miere, Marcelo; Ragazzi, Guillermo S; Stirparo, Marta, "Sobre la tipicidad de las sociedades extranjeras", en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario V Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo IV, UNR, Rosario, 2001, págs. 39 y sig.

el criterio imperante de la autoridad interviniente, en líneas generales, la calificación de atipicidad se ha aplicado en supuestos de afectación del objeto, inexistencia de capital social o configuración de órganos notoriamente extraños a una estructura societaria.⁴

En líneas generales, estimo conveniente la elaboración de criterios orientados a establecer supuestos de atipicidad propiamente dicha, atendiendo a los casos en que con una denominación diversa, exista una configuración equivalente en la organización, la responsabilidad y el funcionamiento. Si ocurriera esto último estaríamos frente a una tipicidad equivalente sustancial y no a una verdadera atipicidad, resultado de una diversa categorización formal⁵.

4.- COROLARIO

Si el fenómeno de la mundialización⁶ se mantiene en ascenso - lo cual parece ser así - también seguirá en progreso la confluencia normativa al amparo de tratados bi y multilaterales y soft laws u otros mecanismos normativos alternativos y el supuesto de la sociedad atípica constituida en el extranjero se presentará cada vez menos.

En tanto ello ocurra, las legislaciones locales, sin mengua de la habilitación para el ejercicio del poder de policía para las sociedades constituidas en el extranjero que actúen en su territorio, habrán de modelarse sobre bases de tolerancia razonables, acordes con las tendencias de política económica que no tienen retroceso.

En este marco de política legislativa la norma proyectada por el AMLSC, como encuadre genérico para el tipo societario desconocido, traduce un criterio más adecuado que el de la ley vigente en tanto atiende a una aplicación de requerimientos en línea con la naturaleza estructural de los sujetos.

⁴ Conf. Chamorro Hernández y otros, op. y loc. cit.

⁵ En este sentido y con mayor desarrollo: Marsili, María Celia, "Sociedades comerciales. El problema de la tipicidad", Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2003, pág. 93

⁶ Para un análisis del asunto puede consultarse Bissara Philippe "en el umbral de un nuevo milenio ¿Cuáles son las perspectivas para el derecho de sociedades?", en Revue de Sociétés, Ed. Dalloz, año 2000, pág. 71.