

CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS.

María Wonsiak
(Uruguay)

SINTESIS: PONENCIA

Dadas las divergencias doctrinarias respecto de la naturaleza jurídica y efectos del incumplimiento de los requisitos exigidos por los artículos 193 de la ley uruguaya y 118 de la ley argentina, se impone la expresa regulación legal de los efectos de la omisión del cumplimiento de los citados requisitos de actuación de las sociedades extranjeras. Dicha regulación debe orientarse en el sentido de que la misma no afecta la validez de los actos o contratos por ella otorgados, no provoca la irregularidad de la sociedad ni la responsabilidad solidaria de los socios o accionistas sino que sólo apareja la responsabilidad de los administradores y representantes por los eventuales daños y perjuicios provocados por la omisión, a la sociedad, los socios y/o terceros.

Debe tenderse a la paulatina libertad de establecimiento a cuyos efectos debe propiciarse el re-estudio y la adecuación legislativa de los distintos países en el sentido de exigir iguales requisitos para la actuación de la sociedad extranjera sea como sucursal o cualquier otro supuesto de actuación permanente y/o para el establecimiento de la sede principal y/o desarrollo del objeto único en cada país. Los requisitos que la sociedad extranjera deberá cumplir, para ejercer el derecho de establecimiento serán aquellos exigidos por la ley nacional para la actividad de que se trate y la contabilidad de la persona jurídica sociedad.

Introducción. Exposición de motivos

La ley de sociedades N° 16.060, Capítulo 1 Sección XVI que regula la actuación de las sociedades extranjeras dispone en los artículos 193 a 198 el cumplimiento de determinados requisitos para el ejercicio del derecho de establecimiento de tales sociedades en el Uruguay sin expresarse sobre las consecuencias del incumplimiento de los mismos.

Sus normas, directa o indirectamente, se aplican a todas las sociedades extranjeras, cualquiera sea su país de origen. En efecto, en forma directa la ley 16.060 regula los actos de las sociedades extranjeras constituidas en países no vinculados con Uruguay por tratado alguno. A su vez, las normas del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1989 (art. Y inc. 2) y la CIDIP II (arts. 4 y 5) -únicos tratados vigentes en la materia que fueron ratificados el primero por Uruguay, Colombia y Bolivia, y el segundo por Argentina, Paraguay, Perú México, Guatemala, Venezuela y Brasil que regulan la actuación de las sociedades extranjeras entre dichos países-, a pesar de que sus textos legales no son idénticos, remiten a la ley nacional o la hacen aplicable por falta de regulación, con lo que

determinan en forma indirecta la aplicación de las normas nacionales de la ley 16.060 a cualquier sociedad extranjera constituida en dichos países ¹. En tal sentido nos expresamos en la Jornada Notarial Uruguaya, celebrada en Fray Bentos en 1992, en el Primer y Segundo Congreso Notarial del Mercosur celebrados en los años 1995 y 1996 respectivamente en Ciudad del Este (Paraguay) y Curitiba (Brasil). Así se pronuncia también el Esc. JAIME BERDAGUER ² apoyado en la opinión del Dr. RONALD HERBERT.

Ante el silencio del legislador respecto de las consecuencias de la omisión del cumplimiento de los referidos requisitos, la doctrina a partir de interpretaciones diversas ha llegado a conclusiones diferentes, contradictorias y en algunos casos muy graves ³, que imponen su re-estudio y la propuesta de nuevas soluciones legislativas.

Los requisitos para ejercer el derecho de establecimiento que deben cumplir las sociedades extranjeras de acuerdo a la ley N° 16.060

El derecho de establecimiento -o sea el derecho de una persona moral de establecerse de manera permanente en el extranjero para ejercer una actividad económica, sea que ella establezca su principal establecimiento, sea que cree establecimientos secundarios (agencias, sucursales, filiales) según conceptualiza CEREXE/ETIENNE citado por HECTOR ALEGRIA ⁴- está regulado en especial en los artículos 193 y 198 de la ley uruguaya, que impone requisitos diferentes para ambos supuestos. La ley argentina 19,550 contiene normas similares en los artículos 118 y 124.

El art. 193 dispone que para establecer sucursal o cualquier otra forma de representación permanente, la sociedad deberá cumplir los siguientes requisitos:

“1. Inscribir en el Registro Público de Comercio, el contrato social, la resolución de la sociedad de establecerse en el país, la indicación de su domicilio, la designación de la o las personas que la administrarán o representarán y la determinación del capital que se le asigne cuando corresponda por la ley.

2. Efectuar las publicaciones que la ley exija para las sociedades constituidas en el país, según el tipo”

El art. 198 para el caso de Sociedades con sede principal u objeto principal en el país requiere que:

“Las sociedades constituidas en el extranjero que se propongan establecer su sede principal en el país o cuyo objeto principal este destinado a cumplirse en el mismo, estarán sujetas aún para los requisitos de validez del contrato social, a todas las disposiciones de la ley nacional.”

La nueva Ley Orgánica Registral N° 16.871 entre los actos inscribibles dispone en el art. 49 inc. 2° *“respecto de las sociedades comerciales constituidas en el*

¹ El Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940 carece de relevancia respecto del tema que nos ocupa porque Argentina, Paraguay y Uruguay ratificaron la CIDIP 11 derogando en dicho aspecto el Tratado referido.

² «Sociedades Extranjeras», Montevideo 1998, pág. 11, 55 y 56.

³ Berdaguer. Ob. Cit. pág. 71.

⁴ Reconocimiento, Libertad de Establecimiento, Sociedades y Mercosur.

extranjero, se inscribirán cuando correspondan, y en los términos del art. 193 de la Ley 16.060". El decreto reglamentario de dicha ley, en el art. 44° dispone que: «cuando corresponda la inscripción de sucursales o representaciones de sociedades comerciales constituidas en el extranjero deberá previamente protocolizarse la documentación requerida para su registración»

El incumplimiento de los requisitos dispuestos por los artículos 193 y 198

En ambas normas la ley se limita a disponer la necesidad de cumplir determinados requisitos sin expresarse sobre las consecuencias de la actuación de la sociedad extranjera sin el cumplimiento de tales requisitos. La doctrina ha elaborado distintas interpretaciones que conducen a conclusiones diferentes, contradictorias y algunas de ellas graves.

Analizaremos por separado las consecuencias del incumplimiento de los requisitos reglamentados por los artículos 193 y 198.

Art. 193: Sucursales u otra forma de representación permanente

I) Para BERDAGUER⁵ la consecuencia jurídica de tal incumplimiento no puede ser otra que la aplicación por analogía de las disposiciones sobre sociedades irregulares contenidas en los artículos 36 y siguientes de la ley 16.060.

Esto es en esencia: responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, representación de la sociedad en forma indistinta por cada socio, posibilidad de provocar la disolución de la sociedad en cualquier momento, entre otros. Para el citado autor, la sociedad extranjera es para la ley uruguaya una categoría similar a la de los distintos tipos sociales que la citada ley regula. Este punto de partida lo lleva a concluir que la sociedad extranjera que establece una sucursal o cualquier otra forma de representación permanente sin inscribir su contrato en el Registro Nacional de Comercio y/o sin efectuar las publicaciones en su caso, incurre en conductas similares a las de la sociedad constituida en Uruguay que no cumple con los requisitos del tipo: es una sociedad irregular por lo tanto las consecuencias son las regladas en el capítulo 1 sección V artículos 36 y siguientes de la ley, ya indicadas al inicio del presente párrafo.

II) Para la Dra. NURI RODRIGUEZ⁶ conforme con el Dr. MANUEL VIERA, los requisitos exigidos por el art. 193 son requisitos de admisibilidad y no de constitución. Por tanto su incumplimiento no apareja la irregularidad de la sociedad que «sigue siendo regular aunque actúe en forma irregular»⁷. Las consecuencias de tal conducta aparejará a la sociedad dificultades en otro orden, especialmente en el de su accionar, en tanto no podrá llevar libros habilitados, presentarse a licitaciones, ni realizar actos, gestiones o negocios ante personas públicas o privadas que exijan su cumplimiento. Asimismo, en base a las diferentes opiniones doctrinarias la sociedad puede verse afectada porque se invoque su irregularidad e incluso su nulidad.

⁵ Op. cit, pág. 71.

⁶ Curso de Sociedades Comerciales, Tomo V, vol. I, pág. 61.

⁷ Viera Manuel. Versión taquigráfica de la sesión de la Comisión Especial de la Cámara De Diputados N° 1128/88.

III) Parte de la doctrina argentina, ENRIQUE ALDIVAR⁸ y ALFEDO ROVIRA⁹, comentando la solución del art. 118 inc. 2 de la ley argentina N° 19.550, similar a nuestro artículo 193 se expresan en el mismo sentido de la irregularidad. También para ALBERTO VICTOR VERON¹⁰ la sociedad será irregular y se registrará por las normas del art. 21 y siguientes de la ley de sociedades argentina N° 19.550. RAFAEL MARIANO MANOVIL¹¹, se opone a la postura de la irregularidad concluyendo que *“la falta de inscripción registral provoca la inoponibilidad de la existencia de la sociedad a los terceros que no se pruebe específicamente que se les ha hecho conocer” por ser la inoponibilidad a terceros el régimen común en Argentina en materia de consecuencias del incumplimiento del régimen de registración.*

IV) Nuestra opinión. En tanto no existe una regulación legal específica de los efectos de la omisión de cumplimiento de los requisitos dispuestos por el art. 193, sus consecuencias derivan de la aplicación de las normas generales aplicables a la materia, en mérito a las cuales concluimos que tal omisión:

a) No proyecta efecto alguno sobre los actos realizado por la sociedad. Los mismos son plenamente válidos y eficaces. En efecto, si bien por su redacción se trata de una norma imperativa, lo hecho en su contra no apareja por sí la nulidad de los actos celebrados por la sociedad, aún en el supuesto de considerarla nula, en mérito a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 16.060 que establece:

“(Efectos de la nulidad respecto a terceros).- La declaración de nulidad no afectará la validez y eficacia de los actos y contratos realizados por la sociedad.”. La sociedad no es nula, pues su validez se regula por las normas de su lugar de constitución, sin incidir de forma alguna las disposiciones de nuestra ley nacional.

b) No modifica la responsabilidad de los socios o accionistas de la sociedad extranjera dado que salvo que la sociedad extranjera sea irregular en su país de origen no se trata de una sociedad irregular por los siguientes fundamentos:

1) No hay norma que consagre tal irregularidad, la que no puede extenderse por analogía. La historia legislativa de la sanción de la norma ilustra sobre la expresa intención del legislador de no consagrar la irregularidad ni sanción alguna al rechazar la propuesta del proyecto del Instituto de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, que la preveía y ello en concordancia con la política legislativa de fomento de las inversiones extranjeras para ampliar el espectro comercial internacional hacia nuestro país¹².

2) La sociedad irregular es aquella conceptualada por la propia ley 16.060 en su art. 36. como la que no se constituyó regularmente o sea que no ha cumplido con los requisitos legales del tipo. La sociedad extranjera para la ley uruguaya no es una categoría, ni un tipo de sociedad. Por lo tanto, la inscripción en el Registro de Comercio y/o publicación en los casos de los tipos que lo requieren a que refieren el art. 193 no son requisitos para adquirir el tipo sociedad extranjera, sino de requisitos impuestos por la ley nacional para admitir el ejercicio del derecho de

⁸ Régimen de la Empresas Extranjeras en la Argentina. Pag. 88 y 89.

⁹ Sociedades extranjeras. Pag 64.

¹⁰ Sociedades Comerciales T. 11, pág. 506

¹¹ Derecho Societario Argentino e Iberoamericano T. 11 Pag. 506 y 512

¹² Comisión Especial. Versión taquigráfica N° 1174/88

establecimiento a las sociedades. La sociedad extranjera que instala una sucursal sin inscribirse en el Registro de Comercio no deja de ser por ello sociedad extranjera ni pierde el tipo social adquirido en el lugar de constitución. Para nuestra ley es sociedad extranjera la que se constituyó en el extranjero (art. 192) expresando además dicha norma que el lugar de constitución es aquel donde se cumplen los requisitos de fondo y forma exigidos para su creación. Los requisitos del art. 193 como señala NURI RODRIGUEZ no son requisitos de constitución de la sociedades extranjeras que ya están constituidas, sino de actuación¹³. Esos requisitos de actuación tienen por finalidad asegurar el conocimiento y prueba de la existencia de la sociedad extranjera las que se ven dificultadas por la ausencia de matriz al haber sido constituidas precisamente en otro país. Su necesidad y organización responde más a épocas en que la tecnología y las comunicaciones no permitían acceder al conocimiento de los estatutos y vigencias de sociedades constituidas en otros países, como es posible hoy día. Si bien aún no se ha organizado el acceso a tal información de acuerdo a las posibilidades que actualmente brindan las nuevas tecnologías al punto de justificar su supresión, el desarrollo de las mismas ha simplificado enormemente tan engorrosa tarea.

c) La omisión del cumplimiento de los requisitos dispuestos por el art. 193, puede eventualmente acarrear la responsabilidad solidaria de los administradores y representantes de la sociedad frente a ella y a los socios, por los daños y perjuicios provocados por su omisión (art. 83) y en caso de administradores o directores de sociedades anónimas, también frente a los terceros (art. 391) y con el alcance establecido en tales normas de la ley 16.060. Pero la responsabilidad es sólo de los representantes, nunca de los socios y/o accionistas como tales y se funda en los principios generales establecidos en los artículos citados que les son aplicables de acuerdo al art. 195 de la Ley.

d) La sucursal que actúe sin inscribirse en el Registro Nacional de Comercio ni publicarse en su caso, va a encontrar dificultades en su accionar toda vez que tenga que actuar ante personas públicas o privadas que exijan el cumplimiento de dichos requisitos. A vía de ejemplo no podrá: presentarse a licitaciones, llevar libros habilitados por el Registro Nacional de Comercio ni dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 194 en cuanto a someterse a los controles administrativos que correspondan, ni llevar contabilidad separada en forma. Eventualmente puede alegarse su irregularidad o nulidad aunque para nosotros, sin fundamento.

Art. 198: Sede u objeto principal

El supuesto que regula el art. 198 refiere a la constitución de sociedades en el extranjero para establecer su sede o desarrollar su objeto principal -incluso por aparte de la doctrina: NURI RODRIGUEZ, entre otros- en forma exclusiva.

El art. 198 dispone que: *"Las sociedades constituidas en el extranjero que se propongan establecer su sede principal en el país o cuyo objeto principal este destinado a cumplirse en el mismo, estarán sujetas aún para los requisitos de validez del contrato social, a todas las disposiciones de la ley nacional."*

La norma tiene por finalidad impedir el fraude a la ley, evitando la constitu-

¹³ Ob.Cit., pág. 60)

ción de sociedades en otros países de legislación más favorable o benigna, violando así normas esenciales para nuestra sistema legal.

El art. 198 supone el cumplimiento en el país de todos los requisitos necesarios para la constitución de la sociedad según el tipo social adoptado. No se trata de una reconstitución, sino de una adecuación de la sociedad extranjera ya constituida a las normas nacionales. Es la misma sociedad extranjera, ya que ésta no se disuelve, sino que se traslada a operar en nuestro país. El artículo 198 al igual que el artículo 193 no regula en forma expresa las consecuencias que apareja la actuación de la sociedad extranjera sin haber cumplido los requisitos en ella dispuestos, lo cual también ha dado lugar a diferentes interpretaciones.

I) Para NURI RODRIGUEZ¹⁴ el incumplimiento a lo establecido en el art. 198 puede aparejar la inexistencia de la sociedad (caso de una sociedad constituida por un solo socio) o la nulidad (si por ejemplo la constituyó un incapaz) o la irregularidad (si en el lugar de origen no se exigen nuestros requisitos del tipo. Ej: un país donde el estatuto de una sociedad anónima no requerirá publicación).

II) BERDAGUER¹⁵ entiende que se trata de una sociedad afectada de nulidad que, excepto que se trate de objeto y/o causa ilícita, es subsanable (art. 30 de la ley) y se manifiesta por la validez y eficacia plena de los actos celebrados antes o sin el cumplimiento de los requisitos del art. 198 en base a que por el artículo 29 de la Ley de Sociedades Comerciales "la declaración de nulidad no afecta la validez y eficacia de los actos realizados por la sociedad".

III) VERON¹⁶ al comentar el similar art. 124 de la ley argentina, conforme a FARINA al que transcribe, explica que no se trata de volver a constituir una sociedad sino de adecuarla a la ley argentina y el incumplimiento de tal adecuación provoca la irregularidad de la sociedad extranjera.

IV) Nuestra opinión

Ante el silencio legal las consecuencias de la omisión del cumplimiento de los requisitos dispuesto por el artículo 198 deben inferirse de la normativa general aplicable. Ellas emanan de la colisión de nuestras normas con las del país de constitución y no meramente del no cumplimiento de los requisitos formales exigidos por nuestra ley. En el supuesto del art. 198 la sociedad es considerada local¹⁷ y se la somete en consecuencia en un todo a la ley nacional incluso para la regulación de su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución.

En consecuencia la sociedad extranjera que actúe sin cumplir con la adecuación a los requisitos exigidos por la ley nacional:

a) Será irregular, inexistente o nula, o la nulidad sólo afectará el vínculo de uno o varios de los socios, según las normas de las secciones IV (NULIDADES) y V (SOCIEDADES IRREGULARES) del Capítulo 1 de la ley 16.060 con las derivaciones en ellas reguladas: responsabilidad solidaria e ilimitada no sólo de los administradores y representantes sino también de los socios y accionistas en su caso, impedimento de continuación de la actividad social, etc.

¹⁴ Ob. Cit., pág. 83

¹⁵ Ob. Cit. Pág. 183

¹⁶ Ob. Cit. T. 11, pag. 530

¹⁷ Delfino: Actas de la Comisión de Constitución y Legislación. Carpeta 885/87

b) Los actos por ella realizados serán plenamente válidos y eficaces tal como con acierto lo señala BERDAGUER y por sus mismos argumentos.

c) La sociedad tendrá en su accionar las mismas dificultades que se anotaron para la sucursales en el mismo supuesto: no podrán presentarse a licitaciones, habilitar sus libros, contratar con personas públicas y privadas que exijan el cumplimiento de los requisitos, llevar contabilidad en forma, ni obtener las autorizaciones administrativas que requiera la actividad que se proponga realizar en el país.

Las diferencias entre sucursal y representación permanente y la sede u objeto principal. Reflexión

La diferencia de la regulación de los distintos supuestos radica en esencia en la ley reguladora de los aspectos estructurales y organizativos de la sociedad: su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución y en las formalidades, las que en las primeras se reducen a la inscripción registral y publicación según lo requiera el tipo social de que se trate.

La pregunta que se impone es ¿si tiene sentido la diferencia de tratamiento según se trate de sucursal o representación permanente, sede u objeto principal? El artículo 198 según señala la doctrina es una Norma de Policía del Derecho Internacional Privado que tiene por finalidad evitar el fraude a la ley cuya fuente es el art. 5° de la CIDIP II y el art. 124 de la ley 19.550 argentina que tomaron como modelo el Código Civil Italiano art. 2505¹⁸.

En los hechos, el art. 198 opera como freno relativo para los que quieren evadir normas nacionales quienes pueden satisfacer tal propósito por el simple expediente de crear artificialmente su sede principal en el país de constitución u otro, pero oficia como freno real en los casos en que tal intención de fraude a la ley no existe y lo que se persigue es el desarrollo real de actividades fuera de fronteras.

En esencia, todos los supuestos son variantes del derecho de establecimiento y a poco que se profundiza el análisis de la realidad empresarial actual aflora el cuestionamiento referido y se instala la respuesta de que nada justifica la diferencia de tratamiento entre sucursales y representantes permanentes y sede y objeto principal. En ambos casos, dado el desarrollo de la empresa moderna, de las tecnologías y los procesos de integración y globalización debe llegarse a una solución única, orientada en la consagrada en el art. 193.

Una interpretación armónica no justifica diferenciar las referidas situaciones, máxime si se tiene en cuenta que es posible la existencia de sucursales de importantes multinacionales que tengan mucho mayor envergadura que el de una sociedad constituida por extranjeros en su país con el exclusivo propósito de incursionar en determinada actividad en el nuestro, sin pretender violar ninguna disposición nacional y con el legítimo deseo de regular lo atinente a la existencia, funcionamiento y disolución de la sociedad por la ley de su país de origen. Cabe preguntarse que hay de legítimo en que extranjeros que deseen invertir en nuestro país regulen sus relaciones internas por las normas de su país. Lo importante es que cumplan con la ley nacional en lo que refiere a las normas reguladoras de la actividad que se proponen desarrollar y las operativas a que refiere el art. 194.

¹⁸ Conf. NURI RODRIGUEZ, ob. cit. pág. 50

Las anteriores reflexiones nos llevan a la conclusión que: I) Se debe apuntar a la liberalización paulatina del ejercicio del derecho de establecimiento, dado que la solución del artículo 198 no constituye freno real al fraude a la ley y es inconciliable con la política del legislador nacional de fomentar las inversiones extranjeras, que inspiró la Ley de Sociedades Comerciales y la reciente Ley de Declaración de Interés Nacional, Promoción y Protección de las Inversiones Realizadas por Inversores Nacionales y Extranjeros En El Territorio Nacional, N° 16.906, que entró en vigencia el 30 de enero de 1998, en la que consagra diversas medidas facilitatorias pero no se ha ocupado del tema actuación de sociedades extranjera en especial ¹⁹.

II) Tanto las sociedades nacionales como las sociedades extranjeras cualquiera sea la forma en que realicen su actividad en el país -sucursales, representación permanente, sede u objeto principal- deben regular su actividad por la ley nacional que es lo que en definitiva importa por lo cual deberán (art. 194, inc. 2°) «someterse a controles administrativos que correspondan a la actividad a realizar»

Conclusiones

Dadas las divergencias doctrinarias respecto de la naturaleza jurídica y efectos del incumplimiento de los requisitos exigidos por los arts. 193 de la ley uruguaya y 118 de la ley argentina, se impone la expresa regulación legal de los efectos de la omisión del cumplimiento de los citados requisitos de actuación de las sociedades extranjeras. Dicha regulación debe orientarse en el sentido de que la misma no afecta la validez de los actos o contratos por ella otorgados, no provoca la irregularidad de la sociedad ni la responsabilidad solidaria de los socios o accionistas sino que sólo apareja la responsabilidad de los administradores y representantes por los eventuales daños y perjuicios que provocados por la omisión, a la sociedad, los socios y/o terceros.

Debe tenderse a la paulatina libertad de establecimiento a cuyos efectos debe propiciarse el re-estudio y la adecuación legislativa de los distintos países en el sentido de exigir iguales requisitos para la actuación de la sociedad extranjera sea como sucursal o cualquier otro supuesto de actuación permanente y/o para el establecimiento de la sede principal y/o desarrollo del objeto único en cada país. Los requisitos que la sociedad extranjera deberá cumplir, para ejercer el derecho de establecimiento serán aquellos exigidos por la ley nacional para la actividad de que se trate y la contabilidad de la persona jurídica sociedad.

¹⁹ La Ley declara de interés nacional las inversiones nacionales y extranjeras. Para promoverlas:

- Consagra beneficios fiscales.
- Faculta al P.E. a otorgar beneficios tributarios, entre otros, a exonerar del pago del Impuesto a las Rentas de la Industria y el Comercio, del Impuesto al Valor Agregado y del Impuesto a las Transmisiones Patrimoniales que graven las fusiones, escisiones y t-onnaciones de sociedades, siempre que las mismas permitan expandir o fortalecer a la empresa solicitante.
- Deroga el impuesto a las hipotecas.
- Acorta el plazo de prescripción de los adeudos laborales.
- Regula la hipoteca cambiaria facilitando la transnación del título valor hipotecario.
- Amplía el ámbito de las prendas sin desplazamiento
- Regula aspectos tributarios y de procedimiento del leasing financiero.