

SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO Y DESESTIMACION DE LA PERSONALIDAD JURIDICA

Andrea T. Andino y Mariana J. Menini

Sumario

Desestimación de la personalidad negativa y positiva en materia de sociedades constituidas en el extranjero por parte de la I.G.J.: la filial unipersonal y la sociedad vehículo.

Introducción

Se ha dicho en numerosos artículos doctrinarios y resoluciones de la Inspección General de Justicia que la utilización de las sociedades de cómodo no está contemplada en nuestro derecho societario. La atribución por la IGJ del carácter de sucursal a la filial sustantivamente unipersonal implicando una desestimación de su personalidad jurídica por el fin extrasocietario de constituir un sujeto independiente sin pluralidad efectiva y con los efectos negativos que derivan de la sucursalidad (atribución directa de las obligaciones) será el objeto del análisis del presente trabajo.

Nuestro ordenamiento jurídico societario, en el art. 1° de la ley 19.550 (en adelante, L.S.C.), establece como requisito esencial para la existencia de una sociedad comercial la pluralidad sustancial de socios, implicando la falta de este elemento la presencia de un vicio en su constitución.

La falta de *affectio societatis* y de la intención de llevar a cabo un emprendimiento mercantil, de acuerdo con el criterio sentado por las resoluciones Coca Cola Femsa, Vitamina Group ⁽¹⁾, Bosques Verdes

(1) Res. Particular IGJ: N° 1414, 3/11/2003.

(2) y Es.PE.VER. (3) confirmado luego por la Sala E de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el caso *Fracchia Raymond S.R.L.*, pone de manifiesto la existencia de un fin extrasocietario que torna aplicable la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, reglada en el art. 54 in fine de la ley citada, y conlleva al citado Tribunal a confirmar lo resuelto por el organismo de contralor e impedir la inscripción de determinados actos societarios en los cuales se manifieste la utilización de la sociedad con un fin extrasocietario.

El impedimento a la inscripción de determinados actos societarios, ya sea que se trate del acto constitutivo de la sociedad o de decisiones que hayan sido tomadas con posterioridad a éste por el órgano de gobierno de la sociedad ha originado ciertas críticas según las cuales decisiones de esta naturaleza desalientan las inversiones, ya que las mismas requieren limitar la responsabilidad de los socios para dispersar el riesgo empresario y/o porque consideran que en tanto y en cuanto la conformación de estas sociedades no tenga un fin ilícito, el negocio jurídico indirecto para el cual se las conformó estaría permitido por la L.S.C..

Seguidamente desarrollaremos los principales argumentos de las resoluciones administrativas mencionadas y adoptadas por el fallo citado, las principales críticas a éstas, así como también aquellas resoluciones atinentes a las sociedades vehículo.

Con relación a éstas últimas, en contraposición con lo señalado respecto del efecto negativo de la desestimación de la personalidad jurídica de la filial para atribuirle el carácter de sucursal y las responsabilidades que ello implica para la sociedad matriz, se enunciarán las distintas resoluciones adoptadas por la IGJ que consideraron a sociedades constituidas en el extranjero que realizaban actos o pretendían su inscripción en el país como "vehículos", implicando la mera consideración como tales desestimar su personalidad jurídica diferenciada respecto de su controlante o grupo al que pertenece, con el efecto positivo de considerar cumplidos por éstos los presupuestos para la no aplicación del art. 124 L.S.C., en la medida que se

(2) Res. Particular IGJ: N° 1413, 03/11/2003.

(3) Res. Particular IGJ: N° 1674, 29/12/2003.

comprobaba que su principal objeto o sede no estaba destinado a realizarse en el país.

La sociedad constituida en el extranjero y las sociedades de cómodo: el caso Coca Cola Femsa, entre otros

En el caso Coca Cola Femsa, la sociedad constituida en el extranjero recurre a la figura de la Filial, mediante la participación en una sociedad local sirviéndose de la figura del art. 123 L.S.C., para limitar su riesgo empresario cuando en realidad la instrumentación jurídica que, según la IGJ debería haber utilizado para llevar a cabo su actividad comercial en el país, debería haber sido la de una sucursal, en los términos del art. 118, 3er. párrafo.

En dicha resolución, se destaca la pluralidad sustancial de socios como requisito determinante para que haya sociedad, por cuanto sin la presencia de este requisito la sociedad es inexistente. Ello lleva a la I.G.J., a darle la opción a que la sociedad extranjera acredite haberse inscripto en los términos del art. 118, tercer párrafo en sustitución de la inscripción efectuada a los fines del art. 123 o bien a que la sociedad local acredite estar integrada por una efectiva y sustancial pluralidad de socios.

Se destaca asimismo la falta de *affectio societatis*, es decir, la falta de voluntad de asociarse y de colaborar para llevar a cabo una actividad o negocio en común como un vicio que invalida el acto desde el momento mismo de su constitución.

Otro de las cuestiones en las cuales hace hincapié la resolución Coca Cola Femsa es la utilización del tipo societario de sociedad anónima para limitar la responsabilidad y no con el fin para el cual el legislador ha creado el instituto de la sociedad, que es que: "*Las sociedades anónimas no son instrumentos de limitación de la responsabilidad sino instrumentos idóneos para la concentración de capitales*".

Teniendo en cuenta que el principio del art. 54 *in fine* se aplica en tanto se encubra con la actuación de la sociedad fines extrasocietarios; resulte un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe; y cuando sea un recurso para frustrar derechos de terceros, el recurso a la forma jurídica de la Filial con un fin extrasocietario lleva al organismo de contralor a fundamentar la decisión administrativa tomada por cuanto la figura de la Filial viene

a conformar la denominada sociedad de cómodo y por ello se desestima su personalidad jurídica.

En el mismo sentido se pronuncia la I.G.J. en los casos Vitamina Group, Bosques Verdes y Es.PE.VER. ⁽⁴⁾.

El fin extrasocietario y las sociedades de cómodo

En el caso Coca Cola Femsa así como también en los casos Vitamina Group, Bosques Verdes y Es.PE.VER. lo que se plantea por medio de la utilización del recurso jurídico de la Filial no es más que la manifestación de la existencia de una sociedad de cómodo, es decir de una sociedad conformada al solo efecto de limitar la responsabilidad y sin ningún interés de llevar a cabo una actividad o negocio en común por parte de dos o más socios.

(4) A mayor abundamiento, se señala que en los casos Vitamina Group S.A.; Bosques Verdes, ES.PE.VER. S.R.L. y Fracchia Raymond, ha quedado sentado el criterio administrativo en cuanto a la exigencia del cumplimiento en forma sustancial del recaudo de pluralidad de socios exigido por el art. 1º de la ley 19.550.

En la totalidad de estos casos se planteaba la circunstancia de socios 99,99% y 0,01% resultando el aporte del socio minoritario notariamente exiguo. Con posterioridad al caso analizado, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el fallo Fracchia Raymond S.R.L. ratificó el criterio sentado por la IGJ al rechazar la inscripción de actos societarios cuando uno de los socios tiene más del 99% de las acciones o cuotas sociales porque no resulta creíble ante dicha circunstancia estar frente a una verdadera sociedad comercial. Como consecuencia del dictado de dichas resoluciones administrativas y de la confirmación de las mismas por la Cámara Comercial se plasmó en el dictado de la Resolución General (IGJ) N° 7/05, en el art. 55 de la misma que no se permitirá la inscripción de las sociedades de cómodo, salvo la excepción a la aplicación de éste como consecuencia de la jurisprudencia administrativa dictada en tal sentido que señala que *“Cuando la participación de los socios minoritarios por minúscula que pareciera no deja de ser importante en términos absolutos, al punto que el aporte de uno de ellos, más allá del valor nominal de las acciones que suscribiera, se integra con un importante inmueble en el que se asienta una planta industrial de la sociedad”* no se va a obstar la inscripción de sus actos. (Clariant Argentina S.A., aumento de capital fusión y escisión, Res. IGJ N° 25/04, 27/07/2004).

De acuerdo con las resoluciones analizadas, las sociedades de cómodo resultan contrarias a los principios establecidos en el art. 1° de la L.S.C., pues en su conformación ponen en evidencia que los contrayentes no quisieron asociarse, ni formar parte de un emprendimiento conjunto, ni contribuir mediante aportes reales a la formación de un fondo común, ni participar en la distribución de utilidades o contribuir a soportar las pérdidas.

De allí que se interprete que la conformación de este tipo de sociedades persigue fines extrasocietarios.

Se dice que para la existencia de un fin extrasocietario no es necesario que exista un fin ilícito o que se procure ocasionar un daño a terceros, sino que basta con que los socios se aprovechen con los beneficios que la ley otorga a las sociedades mercantiles y a sus integrantes. Cuando la sociedad no lleva a cabo ninguna actividad comercial y económica real, *“lo que constituye simulación en los términos del CCiv.: 965 y 956”*⁽⁵⁾.

No obstante ello, no puede dejar de señalarse que en contraposición con la interpretación de las resoluciones analizadas que encuadran dentro del concepto de “fin extrasocietario” a aquellas sociedades que impliquen una simulación lícita, existe otro sector de la doctrina, que entiende que para que se persiga la consecución de un “fin extrasocietario” tiene que procurarse una simulación ilícita dando lugar con dicha interpretación a la utilización de la sociedad como un negocio jurídico indirecto y tornando inaplicable la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica en el caso de que exista simulación lícita por considerar que no se procura un “fin extrasocietario”.

Las sociedades vehículo frente a la desestimación de la personalidad jurídica

Los denominados vehículos de inversión no poseen una actividad comercial real sino que son meros instrumentos utilizados por grupos societarios a los efectos de limitar el riesgo empresario, evitando afectar

⁽⁵⁾ Res. Particular IGJ: N° 1270, 12/10/2004 “Fracchia Raymond S.R.L.”.

todo el patrimonio del grupo a determinado negocio. Tienen en común con las sociedades de cómodo que al igual que ellas buscan resguardar el patrimonio de las sociedades y de los socios que la componen limitando su responsabilidad y los riesgos empresarios. Ambas se constituyen para limitar la responsabilidad, objetivo que no está contemplado por nuestro ordenamiento societario, ya que ello va a depender de la elección del tipo societario que se haga sin admitirse la unipersonalidad. En su constitución, no se tienen en cuenta los elementos caracterizantes de la sociedad establecidos en el art. 1° de la L.S.C., a saber, la pluralidad de socios y la *affectio societatis*.

Estas circunstancias han llevado a cierto sector de la doctrina a entender qué corresponde la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, *“encuadrándose dentro del presupuesto de “consecución de fines extrasocietarios” que prevé la ley (art. 54 párrafo 3°)”*⁽⁶⁾.

La constitución de una sociedad vehículo ya sea utilizada por sociedades locales o por sociedades constituidas en el extranjero va a ser válida en tanto no se la utilice en forma fraudulenta.

Por ello, dentro de este último contexto, en algunas oportunidades se ha encuadrado a la actuación de la sociedad vehículo dentro del art. 124 L.S.C..

Esta utilización indebida de las sociedades, generó el dictado de la Resolución General (IGJ)7/03 que fue sucedida por otras resoluciones que persiguen evitar la utilización abusiva de las sociedades, compendiadas posteriormente en la RG 7/05.

Sin embargo, la Resolución General (IGJ) N° 22/04 constituyó una excepción reconociendo *“la posibilidad de las denominadas genéricamente “sociedades vehículo”, una modalidad operativa de inversión extendida a nivel internacional que consiste en utilizar sociedades constituidas en diversos países -muchas veces en paraísos fiscales- con el objeto específico de canalizar inversiones no solo en el marco de planificaciones fiscales sino también para “aislar” el riesgo patrimonial de determinados proyectos de inversión en el marco de*

⁽⁶⁾ Filippi, Laura, *“Algunas consideraciones más sobre la resolución de la IGJ 7/03”*, Revista de las Sociedades y Concursos, N° 25/26, Nov./Dic., 2003, En./Feb., 2004, p. 19.

elaborada ingeniería financiera. En otros casos, como los supuestos de las resoluciones particulares recaídas en los casos “Pan American” (Res. 569/2005), “Reuters” (Res. 687/2005); “Novartis” (Res. 671/2005), se hicieron excepciones a la aplicación de las reglas generales de la resolución N° 7/03 advirtiendo los inconvenientes que podría producir un exceso de ritual manifiesto”⁽⁷⁾.

Los criterios adoptados por la doctrina ante la desestimación de la personalidad jurídica y su relación con las críticas a las resoluciones Coca Cola Femsa, entre otras

Asimismo, dependiendo del criterio que se utilice para interpretar la aplicación del instituto de la desestimación de la personalidad jurídica, es decir, si utilizamos para ello el criterio restrictivo o el amplio va a resultar efectiva la aplicación del instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Conforme con la interpretación restrictiva del art. 54 *in fine* éste debe ser utilizado con carácter de excepción y aplicado en forma prudente y con carácter restrictivo cuando existan casos concretos en los cuales se ha demostrado que existió abuso de los fines societarios.

Siguiendo a esta corriente, las críticas que se le hacen a la aplicación de la normativa de la IGJ respecto de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica a las sociedades de cómodo radican en que en todos los casos analizados por la jurisprudencia administrativa no ha habido un caso concreto en el cual se haya demostrado que la utilización de la sociedad con un fin extrasocietario ha producido un daño a ésta o a terceros. Por tal razón, las críticas sostienen que la utilización de la sociedad como un recurso indirecto para la limitación del riesgo empresarial sería perfectamente válida en tanto y en cuanto no se violen los derechos de terceros, siendo en todo caso los jueces quienes deberán evaluar ante un caso concreto si

⁽⁷⁾ Rovira, Alfredo L., “Reflexiones sobre recientes resoluciones de la Inspección General de Justicia y la urgente necesidad de reformar la ley de sociedades comerciales”, en la obra Panorama General sobre la Resolución 7/2005 de la Inspección General de Justicia, Dir. Grispo, Jorge, Biblioteca Infobae Profesional, p. 52.

utilizan la herramienta contemplada por el art. 54 *in fine* para la desestimación de la personalidad jurídica.

La corriente doctrinaria que interpreta de manera más amplia la aplicación del art. 54 *in fine*, entre los que se encuentra el Dr. Favier Dubois (h) sostiene que: *“discrepamos con tal posición ya que entendemos que la situación es inversa: la regla es que los sujetos (socios) responden con todos sus bienes por el resultado de sus actividades por lo que la personalidad diferenciada, y consecuente limitación de responsabilidad, implica un privilegio de excepción reconocido por el derecho sólo con determinadas finalidades que, de no presentarse, la dejan sin sustento. De ello resulta que, a nuestro juicio, la interpretación no debe ser restringida sino tener la amplitud suficiente como para contemplar situaciones donde la tutela del orden público societario, del interés general y de los terceros, exigen la inoponibilidad de la personalidad jurídica⁽⁸⁾, destacando dicho autor que quienes niegan la personalidad en rigor están afirmando la personalidad, puesto que “Con tal interpretación, el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica puede llevar a imputar pasivos y responsabilidades derivados de la actuación ‘extrasocietaria’ o ilegítima de sociedades ‘off shore’ a sus controlantes, y de la similar actuación de sociedades filiales totalmente controladas a su matriz nacional o extranjera -esto último receptado en los casos administrativos analizados en el presente-, convirtiéndose en una herramienta jurídica útil, entre otras, para limitar las manifestaciones del poder económico mundial en la Argentina sometida al globalismo en los comienzos del siglo XXI”.*

Conclusión

Sin perjuicio de qué sector de la doctrina tenga la razón respecto de la validez o invalidez de las sociedades de cómodo, las cuales existen

⁽⁸⁾ Favier Dubois (h), Eduardo M., *“La desestimación de la personalidad jurídica societaria como limite al globalismo en la Argentina del siglo XXI”*, DSC, Errepar N° 166, 09/01, p. 249, citando, a su vez, el trabajo de García, Oscar y Filippi, Laura, *“Personalidad jurídica e inoponibilidad. Reflexiones desde esta*

desde hace largo de tiempo, lo cierto es que la discusión de este tema sigue poniendo en evidencia lo que se ha tratado en numerosos artículos doctrinarios y Congresos respecto de la necesidad de regular sobre la sociedad unipersonal.

En definitiva, más allá de la discusión doctrinaria en torno a la validez de la sociedades de cómodo y la necesidad de regular acerca de la sociedad unipersonal, el objeto del presente es poner de manifiesto la atribución por parte de la IGJ del carácter de sucursal a la filial sustantivamente unipersonal que implica una desestimación de su personalidad jurídica por el fin extrasocietario de constituir un sujeto independiente sin pluralidad efectiva y con el fin de limitar la responsabilidad y el riesgo empresario. Contrariamente, los efectos negativos que derivan de la sucursalidad es la atribución directa de las obligaciones de ésta última a la matriz.

En este orden de ideas, la consideración por la IGJ de una sociedad constituida en el extranjero como “vehículo” implica desestimar su personalidad jurídica diferenciada respecto de su controlante o grupo al que pertenece, con el efecto positivo de considerar cumplidos por éstos los presupuestos para la no aplicación del art. 124 L.S.C.

Por otra parte, si nos detenemos en los planteos efectuados respecto de si la IGJ cuenta con facultades para prohibir la inscripción de sociedades que no cumplan con el requisito de la pluralidad sustancial, señalamos que dicho organismo en ninguna de sus resoluciones tratadas en el presente se excede en las mismas⁽⁹⁾. Cabe señalar que,

orilla”, L.L., Año LXIV, N° 103, 30/5/2000, p. 1, que critica la interpretación restrictiva en materia de “presupuestos” de la desestimación.

⁽⁹⁾ Art. 234 de la RG 7/05: ***Inoponibilidad de la personalidad jurídica.***
Artículo 234. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Inspección General de Justicia podrá accionar judicialmente para la declaración de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad en relación con el acto o actos realizados por ella, cuando, entre otras circunstancias, la permanencia en la titularidad del bien o de derechos sobre el mismo y la falta o insuficiencia notoria de su efectiva utilización para actividades de producción o intercambio de bienes o prestación de servicios o complementarias o relacionadas con las mismas, permitan tener por acreditado que con su inmovilización en el patrimonio de la sociedad no se persiguen razonablemente fines societarios normales, sino otros susceptibles de ser encuadrados en lo dispuesto por el artículo 54, último párrafo, de la ley N° 19.550.

en ninguno de los casos se resuelve la desestimación de la personalidad jurídica, sino que se advierte que al ponerse de relieve que existió simulación o fraude o utilización de la sociedad con un fin extrasocietario, y de acuerdo con las facultades que ésta posee, manda a la sociedad a recomponer la pluralidad sustancial de socios o a regularizar su situación y señala que no inscribirá el acto societario cuya inscripción se solicita como así también que tampoco inscribirá aquellas sociedades que no cumplan con el principio de pluralidad sustancial de socios reglado en el art. 1º de la Ley de Sociedades.

Por tal razón entendemos que la normativa de la IGJ respecto de las sociedades de cómodo funciona como un arma preventiva que si bien no resulta totalmente efectiva es un recurso más para evitar la eventual actuación de la sociedad en fraude a la ley y como un instrumento para perjudicar a los terceros.

Ahora bien, con relación a las sociedades vehículo entendemos que las decisiones administrativas emanadas de la IGJ implican una aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica con un efecto positivo, por cuanto si bien no poseen un fin societario, según se interpreta a éste concepto por el sector de la doctrina que adoptó la IGJ en sus resoluciones, existe frente a dicha desestimación un efecto positivo de la desestimación que es la autorización de la creación de este tipo de sociedades en tanto y en cuanto se demuestra que no son sociedades que encuadren dentro de la actuación prevista por el art. 124 de la L.S.C., y que por ello se permite su inscripción y utilización.