

IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES ASAMBLEARIAS ADOPTADAS CON EL VOTO DE SOCIEDADES OFF-SHORE NO INSCRIPTAS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

ENRIQUE A. BUSTAMANTE

I. PONENCIA

Las sociedades off-shore tienen el deber de inscribirse ante el Registro Público de Comercio a los fines de ser socias de una sociedad Argentina, ya sea como fundadora de ésta o como consecuencia de la adquisición posterior de acciones, cuotas o partes, independientemente de la importancia porcentual de su participación.

Como consecuencia de ello, la participación en una asamblea de accionistas de una sociedad extranjera no inscrita en los términos del art. 123 de la LS determinará la prescindencia de la misma a los fines del cómputo del quórum, y de no alcanzarse éste, las decisiones tomadas serán impugnables en virtud de lo normado por el arts. 243 y 251 de la LS.

II. FUNDAMENTOS

1) CARACTERÍSTICAS DE LAS SOCIEDADES OFF-SHORE

A manera de introducción al tratamiento de la cuestión que presentamos en esta ponencia, consideramos que normalmente las características de las denominadas “sociedades off-shore” que operan en nuestro país, resultan las siguientes: a) se constituyen en países en los cuales no pueden llevar a cabo las actividades correspondientes a su objeto, dado que únicamente pueden actuar en el extranjero; b) resultan titulares de bienes registrables y participaciones accionarias de sociedades argentinas; c) tal adquisición, a veces, se encuentra precedida de situaciones conflictivas; d) las acciones son “al portador” y habitualmente pertenecen a argentinos, aun cuando resulta imposible saberlo con certeza.

Si bien compartimos el criterio esbozado por el Dr. Nissen en cuanto a que estas sociedades muchas veces son entidades simuladas¹, no creemos que siempre las mismas sean fraudulentas. Más aún, cuando no debemos olvidar que el art. 957 de nuestro Código Civil admite la simulación lícita, que precisamente ocurre cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.

Sin perjuicio de ello, es indudable que la gran cantidad de sociedades off-shore existentes, no obstante la mayor carga impositiva con la que son tratadas, demuestra que existen razones de importancia que llevan a adoptar estas figuras y en la mayoría de los casos están vinculadas al anonimato bajo el cual se pueden amparar sus accionistas².

2) DEBER DE REGISTRACIÓN

El artículo 123 de la ley de sociedades comerciales establece el deber de inscripción a toda sociedad extranjera “para constituir sociedad en la República”, expresión ésta que ha dado lugar a discusiones que luego fueron zanjadas por la doctrina y jurisprudencia.

En efecto, se discutía si tal requisito era necesario únicamente para la constitución de una sociedad en la República, como literalmente pareciera decir la norma, o también para adquirir participación en una sociedad argentina en funcionamiento.

La jurisprudencia ha aclarado la cuestión, estableciendo que si

bien el cumplimiento de los requisitos del art. 123 de la ley de sociedades está referido textualmente a la constitución de una sociedad en la República en la que participe una sociedad constituida en el extranjero, la expresión involucra tanto una constitución fundacional como una operada por adquisición de partes, cuotas o acciones de sociedad ya constituida³.

Resulta acertada la interpretación por cuanto, como bien ha resuelto en diversas oportunidades nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, la indiscutible importancia del elemento gramatical en la interpretación de la ley (art. 16, Cód. Civ.) no prevalece frente a una interpretación finalista que, más allá de la literalidad de los textos, indaga lo que jurídicamente expresa la norma⁴.

También la doctrina mayoritaria ha sido coincidente en cuanto a la obligación de registrarse que tienen las sociedades extranjeras, entre las cuales indudablemente debemos incluir a las sociedades off-shore⁵.

Coincidimos plenamente con quienes sostienen que dado que la ley de sociedades no hace distinción alguna en cuanto a la participación que debe tener la sociedad extranjera en la sociedad argentina para que le sea aplicable el art. 123, corresponde la inscripción independientemente de la magnitud de su tenencia accionaria. Más aún teniendo en cuenta los motivos por los cuales se exige tal inscripción⁶, que serán analizados en el próximo apartado.

3) REQUISITOS A CUMPLIR POR LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS

Habiendo sentado como principio el deber de registración de las sociedades extranjeras, resulta pertinente entonces referirnos a los recaudos que deberán cumplir⁷, a saber:

- a) Acreditar que se ha constituido de acuerdo con la ley de su país.
- b) Inscribir su contrato social, reformas y demás documentación que acredite la decisión de inscribirse en el país.
- c) Acompañar comprobante, extendido por la autoridad competente, acreditando que se halla debidamente autorizada o inscrita según la ley de su país de origen.
- d) Inscribir la designación del representante, con indicación de sus facultades y datos personales.
- e) Fijar domicilio especial en la República.

De la enumeración antecedente podemos advertir que a las so-

ciudades off-shore que pretenden ampararse en el anonimato, les implicará una cierta incomodidad el cumplimiento de tales requisitos. Decimos "incomodidad" y no "impedimento", por cuanto sabemos bien que en definitiva se tratará de la registración de diversos instrumentos en los cuales en modo alguno el anonimato perseguido se verá afectado, ya que normalmente serán los propios asesores quienes figurarán como representantes y serán la única cara visible de la sociedad.

Ahora bien, en cuanto a la eficacia o no de la registración exigida, no podemos dejar de mencionar la posición que sostiene el Dr. Ernesto O'Farrell, quien comentando el fallo "A. G. Mc. Kee Argentina SA", expresó que el requisito de inscripción a su entender era apenas un formulismo más, creyendo inconveniente la inscripción por cuanto consideraba que el medio buscado era notoriamente ineficaz para el fin perseguido, además de engorroso y complicado. El nombrado no se opone a que se controlè adecuadamente la actividad de las sociedades constituidas en el extranjero, pero entiende que la mera inscripción de ciertos documentos, no implica en realidad control alguno⁸.

A su vez, el citado autor propicia que se mantenga el requisito de inscripción, con las limitaciones del caso, no creyendo que baste la compra de una acción para generar tal obligación de registración y sugiriendo a su vez convertirla en algo más dinámico que permita conocer, aunque sea parcialmente, la evolución de los negocios de la sociedad extranjera^{8 bis}.

En ese sentido, sin perjuicio de mantener en general nuestra posición en cuanto al deber de registración, estamos de acuerdo en que sería conveniente que el mismo no se limitara únicamente a la acreditación de las circunstancias antes descriptas. Propiciamos que se amplíen a las sociedades extranjeras, y con ello claro está a las sociedades off-shore, los demás requisitos de publicidad y registración que se exigen para las sociedades nacionales. Sin embargo, somos conscientes que ello requiere una reforma legislativa y en el estado actual preferimos al menos que se exija la registración de aquellos elementos, no obstante la indudable pobreza que los mismos implican y la evidente ineficacia del control que lleva a cabo el organismo pertinente, tema que en todo caso podría ser materia de amplias discusiones que exceden el marco de esta simple ponencia.

4) RAZONES PARA EXIGIR LA REGISTRACIÓN

Dado que no hace al objetivo de nuestra ponencia el desarrollo de esta cuestión, nos remitimos a la interesante clasificación que efectuaron los Dres. Iud y Albornoz en su presentación efectuada en el “VII Congreso Argentino de Derecho Societario III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”⁹.

Sintéticamente señalamos aquellos que a nuestro entender constituyen los motivos principales que justifican la exigencia de registración: a) Conocimiento del funcionamiento de la sociedad, del régimen de capacidad y responsabilidad de los socios, y sus representantes; b) Eventual aplicación del régimen de sanciones establecidos en los arts. 54 y 254 de la LS; c) Control del cumplimiento de las normas relativas al ejercicio del comercio; d) Principio de igualdad entre sociedades locales y extranjeras; e) Protección de los terceros y de los propios socios.

5) CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE REGISTRACIÓN

La lógica consecuencia derivada del incumplimiento del deber de registración es la inoponibilidad de su actuación frente a terceros, con lo cual no podrá ejercer sus derechos de socio¹⁰.

Resulta cierto que en la práctica difícilmente la cuestión pueda plantearse, salvo que la misma se produzca por vía de conflicto judicial, ya que la autoridad administrativa de contralor, siempre exige la acreditación del extremo enunciado por el art. 123 de la ley 19.550 en oportunidad de la constitución¹¹. Agregamos a su vez el supuesto en que una sociedad extranjera participare en una asamblea de una sociedad constituida en la República en la que se aprobara un aumento del capital social, en cuyo caso la Inspección General de Justicia tomará conocimiento de la situación ya que deberá darse cumplimiento a lo dispuesto por el art. 44 de las normas de la IGJ (Resolución 6/80) que precisamente exige acreditar la registración de la sociedad extranjera si “hubiese participado con los votos necesarios para formar la voluntad social”.

En la práctica hemos advertido que la Inspección General de Justicia controla la inscripción de las sociedades extranjeras en oportunidad de inscribir reformas estatutarias de sociedades nacionales en las que aquellas participan.

Debemos preguntarnos qué ocurrirá entonces en el supuesto en que la sociedad extranjera participe y vote en una asamblea o reunión de socios de una sociedad nacional, no obstante no haber cumplido el requisito en cuestión. Entendemos que en caso de hacerlo no podrá computarse su participación a los efectos del quórum, determinando como lógica consecuencia la nulidad de las decisiones adoptadas en ella, en la medida que su voto hubiera sido decisivo para la aprobación del acuerdo o para la existencia del quórum. Coinciden en tal sentido tanto la doctrina¹²⁻¹³⁻¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶⁻¹⁷ como la jurisprudencia¹⁸⁻¹⁹.

Resulta sumamente interesante destacar lo resuelto en un fallo de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, en autos: "Craveri, Juan Alfredo Elio y otros c/Craveri SAIC s/Medida precautoria"²⁰.

En el caso se demandó la suspensión de las decisiones adoptadas en una asamblea de accionistas realizada por la sociedad, en la cual uno de sus socios era precisamente una sociedad off-shore uruguay, no inscripta en los términos del art. 123 de la LSC y cuya presencia en dicha asamblea había resultado necesaria a los efectos de la formación del quórum de la misma.

Fue así que la Cámara, teniendo en cuenta entre otros elementos la infracción al art. 123 de la LS, hizo lugar a la pretensión cautelar suspendiendo las decisiones adoptadas en la asamblea en la cual había intervenido tal sociedad, haciendo especial ponderación de la circunstancia de ser la primera vez en que los votos de tal sociedad habían sido determinantes para la formación del quórum y no obstante que la actora no había cuestionado con anterioridad la participación de aquella sociedad en las distintas asambleas llevadas a cabo previamente.

Podemos concluir entonces que claramente el fallo se enrola en la postura que venimos sosteniendo, convencidos de la necesidad de aplicar la normativa descripta para intentar al menos disminuir los nocivos efectos que pueden tener las sociedades off-shore cuando se tratan de sociedades fraudulentas. Esto sin perjuicio, claro está, de la aplicabilidad del art. 124 de la LS en los casos en que sea procedente.

III. BIBLIOGRAFÍA

- 1) NISSEN, Ricardo Augusto, *Situación legal de las sociedades extranjeras no inscriptas en los registros mercantiles de la República* (ED, t. 177, págs. 862/69).

2) Ponencia del Dr. SALERNO, Javier J., *Enfoque moderno de las sociedades internacionales*, VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III, Cuestiones interdisciplinarias, pág. 490.

3) CNCom., sala C, 21-3-78, "Huyck Mati SA", ED, t. 77, pág. 477; en igual sentido "A. G. Mc. Kee Argentina SA"; sala C, 21-3-78; "Saab Scania Argentina SA"; sala D, 20-7-78; "Parker Hannifin Argentina SA"; sala B, 2-6-77, ED, t. 78, págs. 368-70; sala B, 3-8-77, "Soc. Nueva de Rodamientos SNR SA s/Reforma Aumento de capital y emisión de Acciones"; CNCiv., sala L, 30-12-93, "Punte, Roberto Antonio c/Ferniba SA y otro s/Regulación de honorarios", ED, t. 159, 1994, pág. 560.

4) CSJN, *Fallos*, 265-256 (ED 18-223, *Fallo* 9404); 284-293, 265-63; 267-478; 281-148 (ED 41-636, *Fallo* 19.742).

5) HALPERÍN, *Curso de Derecho Comercial*, 6° ed I, Depalma., pág. 300; FARGOSI, *Anotaciones...*, LL 150-1009; ARECHA y GARCÍA CUERVA, *Sociedades Comerciales. Análisis y comentarios de la ley 19.550 y complementarias*, Ed Depalma, 1973, p. 124; DE ORCHANSKY, Berta K, *Las sociedades comerciales en el derecho internacional privado argentino*, LL 147-1201; ROVIRA, Alfredo L., *Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúen en la República*, LL 155-983; XXV Convención Notarial, celebrada en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, durante el mes de agosto de 1997 (conclusión N° 17); NISSEN, Ricardo Augusto, *Situación legal de las sociedades extranjeras no inscriptas en los registros mercantiles de la República*, ED, t. 177, pág. 862/69; LOVAGNINI, Ricardo José, *Régimen Jurídico de las Sociedades Extranjeras*, Revista Jurídica La Ley, Año LXII, N° 217, págs. 1/3; *Sociedades extranjeras ante la falta de registración*, Ponencia al VI Congreso de Derecho Societario, t. II, pág. 73, LOZANO, Marcelo A., Ponencia IUD, Carolina Daniela y ALBORNOZ, Sergio Daniel, *Necesidad y conveniencia de la revisión del régimen del artículo 123 de la Ley de Sociedades*, VII Congreso Argentino de Derecho Societario III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, septiembre de 1998, t. II, págs. 75/86; Ponencia de la Dra. María Acquarone, *Innecesidad de la inscripción del art. 123 cuando la sociedad extranjera está inscripta de acuerdo al art. 118 de la Ley de Sociedades*, VII Congreso Argentino de Derecho Societario III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, septiembre de 1998, t. II, pág. 6.

6) NISSEN, *Situación legal de las sociedades extranjeras no inscriptas en los registros mercantiles de la República*, ED, t. 177, pág. 862.

7) Artículo 123 de la LS y decreto 1493/82.

8) O' FARRELL, Ernesto, *Una nueva formalidad innecesaria*, LL, t. 1978-B, pág. 342.

8 bis) *El emplazamiento en juicio de sociedades extranjeras*, Revista Jurídica La Ley, Año LXI, N° 187.

9) IUD, Carolina Daniela y ALBORNOZ, Sergio Daniel, *Necesidad y conveniencia de la revisión del régimen del artículo 123 de la Ley de*

Sociedades, VII Congreso Argentino de Derecho Societario III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, septiembre de 1998, t. II, págs. 75/86.

10) Tesis unánime del X Congreso Nacional de Derecho Registral, Salta, 9 al 11 de octubre de 1997. Véase también Ponencia HID-BANCHIERI, *La representación societaria respecto de las situaciones previstas en los art. 118 y 123 de la Ley de Sociedades*, VII Congreso Argentino de Derecho Societario III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, septiembre de 1998, t. II, págs. 71/74.

11) LOVAGNINI, Ricardo José, *Régimen Jurídico de las Sociedades Extranjeras*, Revista Jurídica La Ley, Año LXII, N° 217, págs. 1/3.

12) NISSEN, Ricardo Augusto, *Situación legal de las sociedades extranjeras no inscriptas en los registros mercantiles de la República*, ED, t. 177, págs. 862/69.

13) Ponencia CHAMORRO HERNÁNDEZ, Albert E., *La falta de registración de las sociedades extranjeras. La sociedad local participada*, VII Congreso Argentino de Derecho Societario III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, septiembre de 1998, t. II, págs. 59-63.

14) Ponencia del Dr. BENSEÑOR, Norberto R., *Actuación extraterritorial de sociedades constituidas en el extranjero. Su revisión*, VII Congreso Argentino de Derecho Societario III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, septiembre de 1998, t. II, pág. 30.

15) HALPERÍN, Isaac, *Curso de Derecho Comercial*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1978, N° 67.

16) ZALDIVAR, *Cuadernos de Derecho Societario*, vol. III, pág. 486, Abeledo-Perrot, 1980.

17) MANÓVIL, Rafael, *Nulidades Asamblearias: Un nuevo fallo esclarecedor*, ED, t. 176, pág. 221.

18) CNCom., sala C, 12-2-97, "Brandes, Pedro c/Labinca SA s/Sumario", ED, t. 175, pág. 138).

19) CNCom., sala C, 19-7-96, "Calvet, Francisco c/Cittadella s/Sum."

20) CNCom., sala C, 15-11-99.