

SOBRE LA ATIPICIDAD DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS

**ALBERT CHAMORRO HERNÁNDEZ
GRACIELA JUNQUEIRA
RICARDO LOVAGNINI
MARCELO MIERE
GUILLERMO E. RAGAZZI
MARTA STIRPARO**

PROPUESTA PARA EL ANÁLISIS

¿El “tipo desconocido” (*nomen iuris* de la hipótesis en consideración, art. 119, LS.) admite cualquier forma de “atipicidad” o, en cambio, sólo aquella que responde a “tipos” en los cuáles por esencia o estructura, puede predicarse la existencia de una sociedad y no de una figura o relación que encubra otra figura o forma jurídica no societaria?

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Sometemos a consideración del Congreso un tema de sensible repercusión y significado, tanto conceptual como práctico, no exento de dificultosa resolución y que, desde nuestra perspectiva, también resulta de interés general.

Pacíficamente se ha aceptado y sin mayores divergencias, que la sociedad extranjera “atípica” para la legislación argentina, puede actuar en nuestro país (art. 119, Ley 19.550 -en adelante LS.-). Ello, por aplicación de la regla general contenida en el art. 118, LS. que dispone “*la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución*”.

Conforme a este principio general, se acepta que la sociedad constituida en el extranjero, a los efectos de su actuación en la República (supuestos comprendidos en los arts. 118, 123 y 124, LS.), “*deberá acreditar la (su) existencia con arreglo a las leyes de su país*” (art. 118, inc. 1) o deberán “*acreditar...que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos...*” (art. 123, LS.), extensivo tal requisito para la hipótesis de sociedad que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma (art. 124, LS.).

En el supuesto que se tratare de un *tipo* societario desconocido en el país, el art. 119 dispone que se aplicará a la sociedad constituida en el extranjero el art. 118, LS. y, por ende, los requisitos que esta norma enumera y “*mientras mantenga, naturalmente, su domicilio en él (conf. art.9, Tratado de Montevideo de 1940)*”¹.

Atento la ausencia de *tipo* nacional para determinar las formalidades a cumplir por parte de la sociedad extranjera, corresponderá “*al juez de la inscripción*” (o Autoridad registral), fijar tales requisitos, “*con sujeción al criterio del máximo rigor previsto en la presente ley*”, conforme concluye el art. 119.

Además de estas disposiciones legales, cabe recordar sobre el particular las previsiones del Tratado de Montevideo del año 1940, arts. 6 y 7 y de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, aprobada por la C.I.D.I.P. II en Montevideo en el año 1979, que dispone que la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley de su constitución, agregando su art. 3º, que las sociedades mercantiles constituidas en un estado parte serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados. Finalmente, deben tenerse en cuenta, además, las normas de la Convención de La Haya, ratificada por la Ley 24.409 que introduce un concepto diverso al expuesto ya que faculta a los Estados a desconocer la personería jurídica adquirida cuando la sede real sea el criterio de vinculación de ese Estado y dicha sede no se localice en ese país.

El propósito de este trabajo es esbozar algunas reflexiones en

¹ HALPERIN, Isaac, “*Curso de Derecho Comercial*”, act. por Enrique BUTTY, Depalma, 4ª ed., 2000, pág. 369.

torno a una cuestión que en los últimos años ha despertado singular atención -acrecentado por el significativo número de sociedades extranjeras inscriptas en los registros mercantiles-² y que cabe enunciarla en estos términos:

Si el “tipo desconocido” (*nomen iuris* de la hipótesis en consideración, art. 119, LS.) admite cualquier forma de “atipicidad” o, en cambio, sólo aquella que responde a “tipos” societarios en los cuáles por esencia o estructura, puede predicarse la existencia de una sociedad y no de una figura o relación que encubra otra figura o forma jurídica no societaria. Mas aún, cuando de la inscripción registral de dichas sociedades, se derivan importantes efectos frente a terceros, en orden a su legalidad e inoponibilidad.

El análisis de la cuestión no puede omitir que el mismo art. 119 (tipo desconocido) reconduce a la regla del art. 118 por la cual la sociedad extranjera en cuanto a que su “*existencia y forma*” se rige por las leyes del lugar de constitución, tal como se expresó mas arriba.

Sin embargo, el mismo art. 119 impone algunas exigencias y requisitos en orden a la admisión de la actuación en el país. Primero, que se trate de una “*sociedad*”, aunque se haya constituido “*bajo un tipo desconocido por las leyes de la República*”, condición esencial y que excluye cualquier otra figura asociativa o no. Luego, la manda legal impone “*al juez de la inscripción*” (Autoridad registral) determinar las formalidades a cumplir en cada caso, con sujeción al “*criterio del máximo rigor*”, lo cual en la práctica se traduce en el sometimiento de la sociedad extranjera -en cualesquiera de las hipótesis de actuación en el país (art. 118 y 123 e incluso el art. 124, LS.)- al cumplimiento de las formalidades de la sociedad anónima o por acciones nacional.

La expresión “*determinación de la formalidades a cumplir en cada caso*”, abre interesantes cauces de interpretación toda vez que puede admitirse, en ciertas hipótesis, el análisis del “caso” conforme al sometimiento de las *formalidades* de las sociedades nacionales, en cuyo supuesto, podrían suscitarse serias dudas, cuando la sociedad

² Durante el año 1999 se inscribieron en el Registro Público de Comercio (Inspección General de Justicia) 2.118 sociedades constituidas en el extranjero (1.435, en los términos del art. 123 y 683, conforme al art. 118). Durante el año 2000 se inscribieron 2.423 (1.717, en los términos del art. 123 y 706, conforme al art. 118). Durante el año 2001 y hasta el 30 de junio, se inscribieron 682 sociedades extranjeras. El notorio aumento de las inscripciones, se halla estrechamente relacionado con ciertas medidas económicas dictadas durante la última década vinculadas con la liberación de los mercados, el proceso de privatizaciones y, en general, con la apertura del comercio y la economía. Desde otra perspectiva, la ausencia de control a la inversión extranjera y ciertos favorecimientos o exenciones fiscales vigentes en otros países, movilizaron la constitución de tales sociedades, las cuales en su gran mayoría, cumplen su principal y único objeto en el país, aunque se hallan inscriptas en la República en los términos del art. 123, LS.

presenta "atipicidades" que violentan fuertemente el "sistema" societario nacional.

Por ello, lo que nos interesa plantear, avanzando en el análisis de la cuestión que describe el art. 119, es si dicha sociedad extranjera "atípica", puede merecer algún reparo al tiempo de solicitar su inscripción registral, fundado en no haber alcanzado ciertos presupuestos mínimos para su reconocimiento en el país como "sociedad" y ello, por aplicación de la regla del "criterio del máximo rigor" que conllevaría en sustancia, al análisis de su estructura tipológica lo cual, en ciertas hipótesis de notoria afectación del régimen normativo local, podría derivar en observaciones registrales orientadas a su superación.

2. LA CUESTIÓN DE LA TIPICIDAD³ Y DE LA ATIPICIDAD

La ley de sociedades, según es conocido, adopta el criterio de la "tipicidad", es decir, la formulación de un abanico de formas y estructuras jurídicas que actúan como modelos legislativos inalterables por los particulares. De modo que éstos, para quedar sujetos a la disciplina societaria comercial, deben adoptar "*uno de los tipos previstos en esta ley...*", además de cumplir los restantes recaudos del art. 1º y los exigibles en cada tipo.

No es propósito de este trabajo analizar la bondad o no del criterio seguido sobre la tipicidad por la ley de sociedades, sobre la que cabe recordar la opinión de HALPERIN al respecto cuando sostiene que "*la tipicidad consiste en la previsión y disciplina legislativa particular, sin que tenga importancia el medio técnico por el cual se alcanza el resultado. Para apreciarlo se apreciará la totalidad del acto, teniendo en cuenta el fin económico perseguido, con independencia de la forma como se expresa la voluntad del declarante*"⁴.

La ausencia de tipicidad, es decir el desajuste a tal forma jurídica (llamada atipicidad), presupone la concurrencia de dos componentes: primero una situación contractual que no reúna los elementos que

³ No sin razón se ha dicho que "el tema de la tipicidad -de negocios, de contratos o derechos- tiene la curiosa virtud de la aparición recurrente. Tal pronto acaba la doctrina de perfilar las notas distintivas de las diversas categorías típicas, aparece la crítica sobre la suficiencia de la clasificación dogmática. Pronto la discusión se apaga por el cansancio dialéctico y por una cierta conciencia compartida de futilidad". En el país y sobre la especie, ha ocurrido algo parecido. Luego de algunas críticas esbozadas en cuanto al criterio que siguió sobre la "tipicidad" la ley societaria, el tema no mereció mayores consideraciones y, menos aún, creemos recordar, la presentación de la cuestión que esbozamos en el presente.

⁴ HALPERIN, ob. cit., pág. 373.

caracterizan a la sociedad comercial; segundo, que la relación trazada por las partes no se adecue a las formas o modelos legislativos⁵. En estos casos, cabe hacer referencia propiamente a la "atipicidad" en materia societaria.

La determinación de tipos de sociedades respondió históricamente, a una necesidad del tráfico y son consecuencia de una evolución en el desarrollo del comercio y sus requerimientos. Esta ligazón también conlleva a que en el proceso de formación de los tipos legales puede observarse que *"las diferentes técnicas de organización no sólo se limitan a reproducir estructuras normales de actividades originadas, históricamente, en el tráfico económico, sino que acuñan, como rasgos de identidad, elementos extraídos de esa realidad, una vez que los intereses perseguidos por las partes a través de tales estructuras han sido valorados jurídicamente e integrados en el ordenamiento positivo"*⁶.

Estas consideraciones, son aplicables al criterio seguido por nuestro legislador en la exposición de los tipos societarios previstos en la ley de sociedades, de modo que su detalle responde a los tipos que tradicionales se han reconocido desde antiguo y son producto del progreso de la economía y del comercio y cuya explicitación responde a criterios de seguridad y protección del tráfico.

3. EL TIPO LEGAL Y SU ESTRUCTURA

La estructura del *tipo* legal también se halla relacionada con la función del tipo; es decir, tipo y estructura están íntimamente ligados⁷.

Lo dicho supone que los tipos legales presentan una estructura - régimen de responsabilidad de los socios, administración, gobierno, control, régimen de capital, aportes, valuación, distribución de las ganancias, etc.- que en líneas generales responde a la función del *tipo* en razón de la actividad que los socios desean desplegar.

Tal como se ha dicho, el establecimiento de los tipos legales reposa sobre dos principios: el de la autonomía de la voluntad y el de la seguridad jurídica. El primero se manifiesta en dos aspectos: en la posibilidad de pactar o convenir libremente y en el de conformar el contenido de la relación jurídica mientras que la seguridad jurídica

⁵ SPADA, "La tipicità delle società", Cedam, 1974, pág. 9. El autor denomina a estos supuestos de "atipicidad de primer grado y de segundo grado".

⁶ FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, Luis, "La Atipicidad en Derecho de Sociedades", Pórtico, Zaragoza, pág. 32.

⁷ GIRON TENA, José, "Derecho de Sociedades", Madrid, pág. 94.

estaría asegurada por la limitación de los tipos. En relación a ello, la L.S. impone un número cerrado (*numerus clausus*) de tipos que comportan una restricción legal a la libertad de convenir. Pero este número cerrado no conlleva necesariamente a impedir que, dentro de cada uno de ellos, las partes celebren libremente los acuerdos que más estimen convenientes para sus intereses, siempre que no se alteren las bases esenciales de cada tipo que, conforme a criterios diversos, se expone en las legislaciones. La LS, art. 17 hace referencia a los “*elementos no tipificantes*”, cuya omisión acarrea sanciones.

La limitación de los tipos y, en especial su configuración interna, se proyectan hacia los socios y hacia los terceros en general. El *numerus clausus* aparece pues como un elemento configurador del sistema legislativo en su vertiente estructural externa y, por otro, como una exigencia técnico-jurídica justificada por factores de naturaleza diversa, entre los que se destaca la necesidad de protección del tráfico y de los terceros⁸.

Este segundo aspecto resultará funcionalmente adecuado para abordar la cuestión que amerita estas líneas, en orden a considerar la afectación de ciertos intereses, en particular el de la propia sociedad, el de sus socios, el de los terceros y, no se descarta, el interés público.

Tal “atipicidad” puede tener contenidos diversos y sobre el particular la práctica societaria revela que en los últimos años, se han conocido antecedentes de legislaciones extranjeras que presentan supuestos de “atipicidad” mas intensos (!) que los conocidos hasta el presente.

En este orden y si bien no existe un catálogo al respecto, no se ha objetado la inscripción registral de sociedades constituidas e inscriptas en el extranjero conforme a regímenes legales que aceptan la sociedad *ab initio* de un solo socio (Directiva 12ª de la hoy Unión Europea y legislaciones nacionales que la han incorporado, entre otras) y también de sociedades de capital variable o de capital social inferior al exigido como mínimo para las sociedades anónimas nacionales, o sociedades cuyas acciones se hallan emitidas al portador o cláusulas que admiten la celebración de reuniones de directorio o asambleas fuera del país o, finalmente y sin que ello comporte haber agotado el listado de supuestos anómalos o atípicos, el caso de sociedades limitadas cuyo capital se halla representado por acciones.

En cambio, presentan mayor rigidez de “atipicidad” aquellos instrumentos, contratos o estatutos que no prevean el capital social, o

⁸ FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, ob. cit., pág. 88.

no describan su objeto o, incluso, carezcan de autoridades o de algún órgano interno, como puede ser la asamblea de socios o, en definitiva, declaren al tiempo de su inscripción registral, que su "domicilio y sede" se halla constituida en un *box* de correo, por citar algunos casos concretos de supuestos -y legislaciones receptoras- que presentan estas singularidades.

Se podría concluir sosteniendo que, a la luz de la legislación nacional, éstas cláusulas estarían afectando ciertos elementos esenciales del contrato social que, cuanto menos, lo tornarían nulo, anulable o inoponible frente a terceros.

Frente a ello, la consideración de la posibilidad de extender a tales sociedades, la fiscalización a la que alude el art. 124, LS., es decir, de sociedad local y, en ese caso, aplicando el criterio de máximo rigor en cuanto a las exigencias formales requeribles.

4. SÍNTESIS. PROPUESTA DE ANÁLISIS

1. De acuerdo a lo expuesto, dejamos planteado y a consideración del Congreso, el análisis de esta cuestión:

La atribución al "*juez de la inscripción*" (Autoridad registral) de facultades suficientes y con sujeción al criterio del máximo rigor, para exigir el cumplimiento de ciertas "formalidades" en orden a un ajuste mayor al derecho societario argentino, cuando de los instrumentos o contratos cuya rogatoria de inscripción se solicita en los términos de los arts. 118 y 123, LS., surja una notoria "atipicidad" funcional y de estructura que pueda generar inseguridad jurídica y derivar en perjuicios para terceros y para el tráfico en general.

2. En el Derecho de sociedades entran en juego intereses que exorbitan la esfera jurídico-personal de las partes intervinientes y cuando un negocio jurídico despliega su eficacia frente a terceros, resulta atendible que la técnica de la limitación legal se manifiesta conducente para proteger los intereses de aquellos y, al mismo tiempo, se constituya en una garantía de seguridad y transparencia del tráfico⁹.

Dicha técnica de limitación comporta, dentro de la disciplina societaria, la sujeción al concepto mismo de sociedad y a los elemen-

⁹ FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, *ibídem*.

tos configuradores del tipo conforme lo determina la legislación nacional.

Dicha regla podría extenderse a las sociedades extranjeras, cuando se advierta una notoria alteración de dichos principios.

3. En toda hipótesis, es dable exigir un ejercicio razonable y fundado de dicha atribución.