

LA ACTUACIÓN DE SOCIEDADES EXTRANJERAS EN URUGUAY: INTERPRETACION DE LA REGULACION LEGAL COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO DE INVERSIÓN.

ADY BEITLER
MARÍA NOEL LEONI

1. Introducción

Cuando una sociedad constituida en un país extranjero desea realizar negocios en Uruguay, la normativa por la cual se registrará depende de dos alternativas. Si el país en el cual se constituyó ha ratificado un tratado del cual Uruguay también es parte, se aplican las disposiciones del tratado. Si, en cambio, no existe un tratado, se aplican las disposiciones del Capítulo I, Sección XVI de Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060 ("LSC").

Según el artículo 193 de la LSC, las sociedades constituidas en el extranjero "serán reconocidas de pleno derecho en el país" y podrán realizar "actos aislados y estar en juicio". Además, "si se propusieran el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto social, mediante el establecimiento de sucursales o cualquier otro tipo de representación permanente" deberán cumplir una serie de requisitos formales. Estos requisitos son: (1) la inscripción en el Registro Público de Comercio del 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; y (2) efectuar las publicaciones que corresponda según el tipo social en Uruguay.

Un buena parte de la doctrina nacional entiende que este artículo impone una obligación a las sociedades extranjeras de establecer una sucursal u otro tipo de representación permanente, cuando realizan en el país actos comprendidos en su objeto social que no pueden considerarse "actos aislados". En esencia, su explicación sería así. Una sociedad extranjera puede actuar en el país de dos maneras: realizando actos aislados o realizando actos habituales. Si la sociedad desea realizar actos aislados, la ley uruguaya no le exige nada más que la comprobación de su existencia. Pero si la sociedad desea hacer actos habituales comprendidos en su objeto social, lo hace a través de una representación permanente. Por lo tanto, debe cumplir con las formalidades registrales requeridas por la LSC. De modo que las posibilidades de una sociedad extranjera que actúa en Uruguay son dos: o realiza actos aislados, o establece una representación permanente. Por eso, cada vez que una sociedad realiza actos que no son aislados, debe cumplir con las formalidades registrales mencionadas.

Nosotros leemos el artículo 193 de otro modo. Nos parece que la LSC solamente exige el cumplimiento de los requisitos registrales cuando una sociedad decide, libremente, establecer una sucursal.¹ Pero fuera de este caso, la sociedad es libre de hacer actos aislados o actos habituales – comprendidos en su objeto principal, o no – sin necesidad de establecer una sucursal, ni por tanto de cumplir con los requisitos formales. La LSC exige que la sociedad se inscriba cuando se proponga actuar mediante una sucursal. No dice que la sucursal sea la única manera de operar habitualmente en Uruguay.

La idea según la cual debe haber una correlación entre la actuación habitual en el país y la necesidad de registrarse, normalmente se justifica por la protección de intereses sociales relevantes. Se dice, por ejemplo, que constituye una prerrogativa inherente a la soberanía de un Estado, que protege a los acreedores de las sociedades extranjeras, y que iguala las condiciones de competencia con las sociedades locales. Pero en la práctica, estos intereses no se ven protegidos por el hecho de que una sociedad extranjera que opera habitualmente en el país se inscriba en el Registro de Comercio. Y si no hay razones de política legislativa que favorezcan la exigencia de una inscripción, tampoco hay necesidad de realizar esfuerzos interpretativos en ese sentido. En suma, si la ley no exige la inscripción, nada nos impone buscar la manera de que lo haga.

¹ Para facilidad de la exposición, en adelante nos referiremos solamente a sucursales, pero también estamos queriendo comprender lo que el Art. 193 llama "cualquier otro tipo de representación permanente".

Las consecuencias de esta diferencia interpretativa no son mayores, pero tampoco son menores. Uruguay ocupa el puesto No. 109 (de 181 países) en el ranking del Banco Mundial de condiciones para el desarrollo de negocios. Es verdad que la exigencia de una inscripción registral no va a hacer que una empresa deje de hacer negocios en el país. Pero dado que la norma que estamos comentando tiene efectos claros sobre los costos que una empresa debe enfrentar al invertir en Uruguay, en vistas a nuestro pobre ranking actual, no podemos darnos el lujo de ponernos garantistas donde no lo amerita. Si podemos mejorar un aspecto de nuestro régimen de inversión extranjera mediante una interpretación legal que la propia ley avala literalmente, y que tiene como efecto aliviar las cargas a las empresas extranjeras, nos parece que corresponde hacerlo.

2. Falsa identidad entre acto habitual y necesidad de establecer una sucursal

En nuestra práctica habitual, frente a una consulta de una empresa extranjera que desea realizar negocios en Uruguay, es frecuente que los abogados y escribanos respondan en los siguientes términos: “si usted desea ejercer uno o más actos aislados en nuestro país, puede realizarlos libremente sin necesidad de registrarse; pero si usted va a actuar habitualmente en nuestro país, debe constituir una sucursal y realizar los trámites formales correspondientes”.

Esta respuesta es la menos práctica que a un asesor legal honesto le gustaría dar a un cliente, ya que no es posible definir un criterio medianamente predecible de cuándo un acto es aislado y cuándo es habitual. Supongamos el caso de una sociedad canadiense que desea comprar inmuebles en Punta del Este. ¿Cuántos inmuebles podría comprar sin que se considere que está operando habitualmente en el país? ¿Tres, cuatro, diez? ¿Basta que los compre, o tiene que hacer algo más, como alquilarlos, venderlos o construir sobre ellos? Como estamos lidiando con conceptos de significado indeterminado, las respuestas varían tanto como los profesionales que las responden y la inabarcable casuística de la vida comercial.

Y sin embargo, esta parece ser la interpretación que predomina en la doctrina nacional.

Para Carlos López, la ley uruguaya adoptó un criterio “cuantitativo” mediante el cual el reconocimiento de las sociedades extranjeras sólo se otorga sin más formalidades cuando su actuación es efectivamente aislada.² Para el autor, “el concepto de actuación aislada surge por oposición al de actos comprendidos en el objeto social, mediante el establecimiento de sucursal o cualquier otro tipo de representación permanente” (subrayado nuestro).³ Por lo tanto, si la sociedad extranjera no establece una sucursal en Uruguay, su actuación debe ser considerada “aislada”.⁴

Para López, esta oposición entre acto aislado y realización de actos comprendidos en el objeto mediante el establecimiento de una sucursal, se explica porque la ley uruguaya quiso evitar la experiencia de otros países que usaron la fórmula “acto habitual” y sufrieron las consecuencias de su indeterminación.⁵ Por lo tanto, dice López, la LSC intentó objetivar el concepto de acto habitual a través de un acto material plausible: el establecimiento de una sucursal. Por eso, en la LSC existiría una contraposición entre “acto aislado” y “establecimiento de sucursal”.⁶

Jaime Berdaguer dice que la fórmula del Art. 193 “realización de actos comprendidos en el objeto social” debe leerse como “actuación en forma habitual”, la cual a su vez se deduce por oposición a “actos aislados”.⁷ Berdaguer hace un razonamiento que podría resumirse así. El inciso segundo del Art. 193 habilita a las sociedades extranjeras a realizar actos aislados con la sola comprobación de su existencia. Para los actos comprendidos en el objeto social mediante el establecimiento de una sucursal, se necesita algo más que esta comprobación. Las sociedades sólo pueden actuar de dos maneras: o realizan actos aislados o realizan actos habituales. De lo cual sigue que cuando una sociedad realiza actos comprendidos en su objeto social y establece una sucursal, está realizando actos habituales y debe por tanto inscribirse el registro.⁸

2 Carlos Lopez Rodríguez, *Sociedades Constituidas en el Extranjero*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1ª edición, 1999, p. 134.

3 Lopez Rodríguez, op. cit, p. 135.

4 Lopez Rodríguez, ibid.

5 Lopez Rodríguez, op.cit, p. 159.

6 Lopez Rodríguez, op.cit p. 159.

7 Jaime Berdaguer, *Sociedades Extranjeras*, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª Edición, 1998, pp.38-39.

8 Berdaguer, op.cit., p. 51, pie de página (13).

Alejandro Miller dice que “las exigencias legales están dadas en aumentar el nivel informativo de las sociedades que actúan en forma regular y habitual en nuestro medio, en nuestro país. Y quien actúa es la sucursal.”⁹

Finalmente, Ruben Santos, siguiendo a Tállice, dice que la LSC “establece una ‘barrera de contención’ por parte del Estado receptor, cuando la sociedad extranjera quiere realizar actos propios de su objeto de una manera no aislada”.¹⁰

Como vemos, la doctrina uruguaya asimila la actuación habitual en nuestro país con el ejercicio de actos comprendidos en el objeto social mediante el establecimiento de una sucursal, aún cuando la LSC en ningún momento usa la expresión “actuación habitual”. La doctrina simplemente introdujo la categoría por vía “interpretativa”.

Esta explicación ha traído varios problemas prácticos. El primero es que si las únicas posibilidades que brinda la ley son dos – actuar aisladamente o ejercer actos habitualmente mediante el establecimiento de una sucursal – entonces cuando un cliente consulta cómo hacer negocios en Uruguay, la respuesta que dan los abogados es esa misma: o ejerce actos aislados o instala una sucursal. No hay tres opciones. O el acto es aislado, o hay obligación de establecer una sucursal.

Además, como la obligación de establecer una sucursal sólo nacería cuando la actuación es habitual, se termina cayendo en el mismo círculo vicioso que la ley quiso evitar: cómo hacer para trazar un límite entre la actuación aislada y la habitual. Y esto, insistimos, sin que la ley ni siquiera use la palabra “habitual”.

Y finalmente, esta interpretación crea un incentivo a los Escribanos para responder a la incertidumbre exigiendo siempre el camino más largo: el establecimiento de una sucursal. Según explica Santos Belandro, cuando una sociedad le dice a un escribano que el acto que se propone hacer es aislado, el escribano solamente puede corroborarlo con la información que le brinda la propia sociedad; “en consecuencia, si la persona jurídica les retacea información acerca de los actos anteriores para prevalecerse del régimen de extraterritorialidad – y siendo actos habituales – surge la cuestión de determinar qué sucede con los actos celebrados, si son nulos o son anulables y qué sucede con esa sociedad cuando no ha respetado el régimen impuesto por la ley territorial. Es por esta razón que los escribanos intervinientes en actos o contratos con personas jurídicas ‘extranjeras’, por un criterio de seguridad jurídica – bajo el Tratado de Montevideo de 1940 – deberían apartarse del concepto de habitualidad y exigir el sometimiento de la persona jurídica a nuestras leyes.”¹¹

La incertidumbre e ineficiencia que provoca esta interpretación justifica la búsqueda de una interpretación alternativa que sustente resultados prácticos más conveniente y acordes con el sentido de la LSC.

Para presentar nuestra opinión, vamos a comenzar por el principio: el texto literal del Art. 193. La norma dice que si las sociedades extranjeras “se propusieran el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto social, mediante el establecimiento de sucursales o cualquier otro tipo de representación permanente” deberán cumplir una serie de requisitos formales. De lo cual sigue que si las sociedades extranjeras no actúan mediante una sucursal o representación permanente, no deben cumplir con los requisitos formales mencionados.

Esta interpretación parece tan obvia que llama la atención que la usemos para argumentar. Si para obtener un determinado resultado se requiere que se hagan dos cosas, una mediante la otra, no puede hacerse una aisladamente y pretender llegar al mismo resultado.

En consecuencia, del texto literal de la ley surge que una sociedad extranjera tiene las siguientes posibilidades: (1) puede realizar actos aislados, para lo cual no necesita más que justificar su existencia; y (2) puede realizar actos comprendidos en su objeto mediante el establecimiento de una sucursal, para lo cual debe cumplirse con las formalidades registrales. ¿Y qué pasa con todo el resto de las posibilidades que la ley no menciona pero que están claramente implícitas? Nada se dice, por ejemplo, de qué pasa cuando una sociedad realiza actos habitualmente, pero sin establecer una sucursal. Tampoco se menciona la realización de actos aislados mediante el establecimiento de una sucursal, ni actos que no están comprendidos en el objeto social, también mediante una sucursal.¹² Este punto fue correctamente levantado por Daniel Hargain.¹³

9 Alejandro Miller, *Nuevos requerimientos en materia de registro para las sociedades comerciales*, en LJU, t. 134, p. D-16.

10 Ruben Santos Belandro, *Nuevas leyes en Suiza y Uruguay respecto de las sociedades comerciales extranjeras*, en Rev. AEU, vol. 77, n°1-6 (1991), p. 80, p. 94.

11 Santos Belandro, *ibid.*

12 Por razones cuya explicación sobrepasaría el objeto de este trabajo, nosotros entendemos que la expresión “objeto social” en este caso se está refiriendo al giro habitual de la sociedad y no al objeto definido en el contrato social o estatutos sociales.

13 Daniel Hargain, *Actuación en Uruguay de sociedades comerciales constituidas en el extranjero*, en Rev. AEU., vol 89, N°1-12, p. 302: en las hipótesis del Art. 193 “faltó considerar las hipótesis ubicadas en medio de esos extremos: sociedades constituidas en el extranjero que actúan en Uruguay con frecuencia – no aisladamente – sin contar con representación permanente en nuestro país”.

De manera que existen varias hipótesis de actuación de sociedades extranjeras que no están expresamente reguladas por el Art. 193. ¿Qué se supone que debemos hacer con ellas? ¿Exigirles los requisitos formales o solamente la comprobación de su existencia?

En nuestra opinión, en todos los casos basta con exigir la comprobación de existencia, salvo que la sociedad decida, libremente, constituir una sucursal. En efecto, el hecho de que el Art. 193 establezca un permiso para realizar actos aislados sin ningún otro requisito más que la comprobación de existencia, no quiere decir que allí se agotan las posibilidades de actuación en esas condiciones. Dado que el reconocimiento de las sociedades extranjeras es de principio (Art. 193 inc. 1º), el hecho de que exista un permiso expreso para un cierto supuesto no importa la prohibición en el resto de los supuestos. Importa, por el contrario, un permiso implícito para esos otros supuestos que es acorde con la libertad de comercio consagrada por el Art. 36 de la Constitución.

Por similares fundamentos, si el requisito de realizar los trámites formales de registro se establece para un solo supuesto – el de actuar mediante una sucursal – ello no quiere decir que otros modos de actuación también deban quedar comprendidos por este requisito. Quiere decir, por el contrario, que los otros supuestos no están comprendidos por la limitación.

Esta interpretación es consistente con los antecedentes parlamentarios de la LSC. El primer antecedente relevante sobre el punto es la intervención de Tellechea frente a la comisión legislativa presidida por Martín Sturla. Esta intervención se motivó en que el Instituto de Derecho Internacional Privado había presentado un proyecto alternativo al de Nuri Rodríguez y José Ferro Astray para el capítulo internacional de la LSC. Y cuando hizo referencia a este último proyecto, Tellechea le realizó las siguientes observaciones: “este proyecto sometía en lo que está de acuerdo a la tradición del derecho uruguayo, la actuación de la persona jurídica extranjera - sociedad mercantil - a la ley del país de actuación, pero decía ‘cuando establecieran sucursales o una representación permanente’. Pero dejaba absolutamente sin prever la posible actuación habitual de una sociedad extranjera en el Uruguay, cuando no cumpliera con estos requisitos (...) Estas dos situaciones, es decir la de someter la actuación habitual de la persona jurídica extranjera – ya sea en forma directa o indirecta – a un control de nuestro derecho, aparece ahora cubierto por este proyecto del Instituto. En cambio, el artículo [193] dejaba sin salvar estas graves insuficiencias”. Y en otro pasaje de esta sesión, agrega: “... a través del artículo [193] del proyecto original se iba a lograr que ninguna persona jurídica extranjera optara por estas fórmulas de establecimiento de una sucursal o representación permanente; por el contrario, se iba a hacer algo mucho más fácil: no crear una sucursal e igual estar actuando en el país de manera habitual sin cumplir este requisito o adquiriendo una participación accionaria.”¹⁴

Parece prístino entonces, que si a pesar de este comentario de Tellechea la comisión decidió de todas formas aprobar el proyecto de Nuri Rodríguez y José Ferro Astray, lo hizo a sabiendas de que estaba permitiendo esto último que comentó Tellechea: “no crear una sucursal e igual estar actuando en el país de manera habitual”.

Si bien la conclusión final es distinta, coincidimos con Berdaguer en este punto. El autor destaca, en este sentido, que sentar un criterio amplio fue la expresa voluntad del legislador: “ante la disyuntiva de optar por un criterio estricto (que evita toda situación eventualmente confusa o discutible, pero puede ahuyentar la inversión extranjera) y un criterio amplio (que facilita la inversión extranjera), han optado decididamente por este último, para permitir así que las sociedades extranjeras realicen cierta (relativa) actuación preliminar y puedan explorar el mercado uruguayo antes de establecerse definitivamente.”¹⁵

Existen además otros antecedentes legislativos que confirman nuestro entendimiento sobre el espíritu de la ley. Al aprobar el Art. 193 de la LSC nuestros legisladores se apartaron deliberadamente de las soluciones aportadas por los tratados internacionales ratificados por Uruguay en aquel momento. Nos referimos al Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 (Art. 5º), a la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (Arts. 4º y 6º) y al Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1940 (Art. 8º). Estos tratados, si bien con distintos matices, obligan a la sociedad extranjera a establecerse o sujetarse a las normas del país receptor cuando desarrollan actos comprendidos en el objeto social, o al menos cuando se los realiza en forma habitual. En este sentido el legislador Delfino Cazet sostuvo que “... tomar las disposiciones de esta Convención (refiriéndose a la CIDIP II) como derecho interno nuestro... sería un grave error desde el punto de vista político-económico”.¹⁶

Asimismo, Uruguay se apartó del antecedente que siguió para casi todo el resto de la LSC: la Ley de Sociedades Comerciales Argentina No. 19.550. La legislación argentina expresa claramente que la sociedad

14 Versión taquigráfica de la sesión del 14 de julio de 1988.

15 Berdaguer, op. cit., p. 52.

16 Versión taquigráfica de la sesión del 4 de marzo de 1988.

debe cumplir con las formalidades de inscripción cuando hay “ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social” o al “establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente” (Art. 118). Como dijimos anteriormente, la introducción del término “mediante” y la eliminación de la expresión “ejercicio habitual” fue una solución buscada deliberadamente en Uruguay para eliminar la incertidumbre causada por el significado indeterminado de la expresión.¹⁷

En conclusión, es concebible interpretar el Art. 193 de la LSC de una manera más armónica con sus propósitos y sus antecedentes parlamentarios, afirmando que únicamente exige los requisitos formales de registro y publicaciones cuando la sociedad libremente desea establecer una sucursal. En todos los demás supuestos, las sociedades extranjeras podrían actuar en nuestro país simplemente mediante la comprobación de su existencia.

En este capítulo del trabajo queríamos dejar sentada la posibilidad razonable de una interpretación alternativa. En los próximos capítulos vamos a intentar demostrar por qué esta interpretación debe preferirse. No por una cuestión de dogmática intrínseca o metafísica, sino porque sirve a los intereses de nuestro país sin causarle daños ilegítimos a nadie.

3. Los requisitos de inscripción y publicación del Art. 193 no responden a intereses sociales o gubernamentales relevantes.

Es posible explicar, al menos en parte, la tendencia de la doctrina de promover interpretaciones que favorecen la obligación de establecer una sucursal en función de una asunción común: que los requisitos de inscripción y publicación del Art. 193 responden a necesidades sociales tuitivas.

Se han dado varias razones para justificar esta obligación. Se ha dicho que estos requisitos formales responden a la tutela de los intereses de los acreedores de las sociedades extranjeras, que buscan proteger a intereses nacionales relacionados con la soberanía, o que buscan proteger intereses generales del Estado, tales como intereses recaudatorios.¹⁸ Incluso en Argentina el tema se ha llevado a los horizontes de la ética. Según Roque Vítolo, “uno de los fundamentos que la doctrina ha señalado para sustentar la inscripción de las sociedades extranjeras en el Registro Público de Comercio, está dado por el hecho de que el régimen de publicidad que inspira toda registración mercantil, da certidumbre a las relaciones comerciales y a las relaciones de responsabilidad, encontrándose este concepto vinculado a la moralidad comercial”.¹⁹

La idea subyacente es que los requisitos formales deben aumentar a medida que aumenta la intensidad del vínculo entre la sociedad extranjera y el mercado nacional. De allí que autores como Santos Belandro concluyan que “en el estado actual del derecho, la sociedad en derecho internacional privado no puede prevalecerse enteramente del régimen legal de su creación para justificar su actuación extraterritorial.”²⁰

Esta posición es la que sostiene la Inspección General de Justicia argentina, quien en el célebre caso Bryce Services Corp. determinó que por razones de interés nacional, la interpretación de cuándo un acto es aislado debe ser necesariamente restrictiva. La IGJ consideró que “la calificación de un acto jurídico celebrado por una sociedad extranjera como ‘acto aislado’ no puede medirse exclusivamente desde un criterio cuantitativo, pero habida cuenta el fundamento que inspira la obligación de las sociedades extranjeras de inscribirse en los registros mercantiles locales, basada en principios de soberanía y control, que exceden el ámbito de interés económico de aquellas que se vinculan con aquellas, entendiendo la IGJ que es de toda evidencia que la apreciación de una actuación aislada de un ente societario foráneo en nuestro país debe ser necesariamente restrictiva”.²¹

Sin embargo, en nuestra opinión, existe una confusión generalizada sobre este punto. La inscripción registral y las publicaciones de estilo no protegen ningún interés fundamental del Estado receptor o de sus habitantes.

17 Lopez Rodriguez, op. cit, p. 159.

18 Ver, por ejemplo, Alejandro Miller, op. cit., p. D-15; Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho Societario*, t. 9, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2005, p. 377; Alfredo Rovira, *Sociedades Extranjeras*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1985, pp. 69 y 96; y Efraín Hugo Richard, *Sociedades Constituidas en el Extranjero (en torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)*, publicado en “La estructura societaria y sus conflictos” director Daniel R. Vítolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 101.

19 Roque Vítolo, Daniel, “La sociedad constituida en el extranjero que no se encuentra inscrita en la República Argentina”, *Sociedades Extranjeras*, op. cit., p. 64

20 Santos Belandro, op. cit., p. 82.

21 Ver Richard, op. cit., p. 105.

En primer lugar, la inscripción registral no busca proteger los intereses de los acreedores nacionales. La prueba de ello es que solamente se exige cuando existe una sucursal de por medio. ¿Por qué no se protege a los acreedores también cuando contratan con una sociedad que ejerce actos aislado en el país y no constituye una sucursal? ¿Acaso los nacionales uruguayos no merecen la misma protección en cualquier caso? Si lo que cambia es solamente un atributo de su contraparte y no la situación propia de los acreedores, ¿no se estaría tratando desigualmente a personas colocadas en la misma situación?

Y si siguiéramos la explicación tradicional de la obligación de establecer una sucursal – esto es, cuando la sociedad actúa habitualmente en nuestro país – la consecuencia también sería una paradoja: ¿por qué actuar muchas veces implica mayor protección para los acreedores que actuar pocas veces? ¿qué pasaría si el daño que una sociedad pudiera causar por actuar una sola vez fuera mucho mayor que el que causa una sociedad que actúa habitualmente?

Lo que es más, los requisitos formales de inscripción y publicación no sólo no buscan proteger a los acreedores, sino que tampoco sirven para hacerlo. Analicemos la siguiente hipótesis. Si se adopta la interpretación dominante, cuando una sociedad desarrolla actividad habitual en nuestro país y no cumplió las formalidades del Art. 193, estaría en infracción. ¿Cuál sería la consecuencia de este incumplimiento? Las teorías que han recogido más adhesión en la doctrina nacional son dos: la sociedad extranjera debe considerarse irregular y por lo tanto se le aplican las normas de la sección V de la LSC,²² o su actuación es inoponible y por lo tanto el representante y los socios se obligan personalmente.²³ No vamos a profundizar respecto de estas teorías porque excede el propósito de este artículo y porque de acuerdo a la teoría que nosotros sustentamos, la hipótesis de obligación de registrar la sucursal no existiría.

Sin perjuicio de lo anterior y a fin de demostrar que con los requisitos del 193 no se están protegiendo a acreedores, cabe analizar la situación de un tercero que contrata con una sociedad extranjera bajo estas suposiciones. Veamos primero la hipótesis que contrate con una sociedad extranjera que desarrolla actividad habitual y cumplió con su “obligación” de constituir una sucursal e inscribirse. En este escenario, el comerciante cuenta con la responsabilidad patrimonial de la sociedad extranjera (porque la sucursal no es una persona jurídica distinta) pero los representantes de la sucursal responden de acuerdo al régimen de responsabilidad de los directores de las sociedades constituidas en el país.²⁴ Esto significa que para que deban responder, deberá comprobarse que su actuación no cumplió con los estándares de diligencia exigidos por la LSC.

Veamos ahora la hipótesis en que un tercero contrata con una sociedad extranjera que realiza actos habituales en el país pero no ha cumplido con la “obligación” de registro del Art. 193. En caso que consideremos que se le aplican las normas de las sociedades irregulares, cabe concluir que el tercero podrá recurrir, al igual que en la situación anterior, a la responsabilidad patrimonial de la sociedad extranjera. Pero además podrá recurrir al patrimonio de los socios de esa sociedad extranjera, ya que en base a los Arts. 37 y 39 de la LSC éstos responden en forma directa y solidaria. Del mismo modo deberá responder el representante designado para la sucursal, en base al mismo Art. 39. Por otro lado, en caso que consideremos que los actos de la sucursal y su representante son inoponibles, la conclusión sería similar. El tercero podrá recurrir no solo contra el patrimonio de la sociedad, sino también contra el de sus socios y su representante.

Evidentemente entonces, en caso de que la sociedad extranjera incumpla una obligación y el tercero tenga que accionar contra ella, le resulta más conveniente que la sociedad no haya cumplido con el supuesto requisito de inscripción del Art. 193. ¿Cómo puede entonces ser que el Art. 193 proteja a los terceros acreedores? De hecho, quienes se ven más protegidos ante un eventual reclamo son los socios de la sociedad extranjera y su representante.

Veamos ahora el argumento de que los requisitos de inscripción y publicación sirven para proteger intereses nacionales. ¿Qué intereses nacionales podrían ser relevantes a estos efectos? ¿Hablamos de intereses nacionales fundamentales, o sirve cualquier interés nacional? Si hablamos de intereses fundamentales, tenemos una alternativa en el propio Art. 192 de la LSC, cuando exceptúa del reconocimiento a las sociedades extranjeras que de cualquier modo violen el orden público internacional de la República.

¿Qué otro interés podría estar en juego? Si se tratara de intereses tributarios o laborales, en esos ámbitos existen normas territoriales de aplicación inmediata que no exigen el previo cumplimiento de los requisitos del Art. 193. La ley tributaria contiene sus propio concepto de representación permanente a efectos de determinar la residencia e imputar actividad gravada, y exige la inscripción en DGI sin importar si hay sucursal o no. Y tanto ella como la legislación laboral contienen principios “de realidad”, bajo los cuales el Estado

22 Cfr. Berdaguer, *op. cit.*, pp. 69-72.

23 Cfr. López Rodríguez, *op. cit.*, p. 186.

24 Art. 195, LSC

puede basarse en los hechos constatados y no en las formas jurídicas elegidas para aplicar sus derechos. De modo que no necesitan de sucursales para asegurar que sus normas sean cumplidas.

Por lo tanto, es posible concluir con Cabanellas de las Cuevas que “nuevamente, nos encontramos con la sobrevaloración de los registros”²⁵ ya que “la inscripción general del comerciante extranjero no cumple, en el sistema de la LSC aplicable a las sociedades extranjeras, tal como se lo interpreta en la actualidad, función alguna. No brinda información útil ni facilita el ejercicio de la jurisdicción (...) No facilita de manera significativa la determinación de las relaciones de representación de la sociedad extranjera”.²⁶

Además, existen otras normas dentro del propio capítulo internacional de la LSC que sirven para proteger intereses nacionales: hablamos de los artículos 192, 196 y 198. Así, por ejemplo, el Art. 192 establece que la capacidad de las personas jurídicas extranjeras no podrá en ningún caso ser mayor a la reconocida por el derecho uruguayo a las sociedades constituidas en nuestra jurisdicción. Un ejemplo de esta limitación está dado por el Art. 47 de la LSC respecto de la actuación en el capital de otras sociedades.²⁷ El Art. 196 establece el régimen más garantista y exigente en materia de controles, para el caso de sociedades extranjeras de tipo desconocido. Y el Art. 198, por su parte, es una norma de aplicación inmediata que impone la total sumisión a la ley uruguaya a las sociedades que se propongan establecer su sede principal en el país, o cuyo objeto principal esté destinado a cumplirse en Uruguay.

Y en determinados casos, el Estado puede perfectamente lograr sus objetivos de control a través de los escribanos. De hecho, existen muchos actos para los cuales el Estado exige control de escribanos independientemente de si existe una sucursal o no. Es el caso, por ejemplo, de las compraventas de inmuebles, en las cuales aún cuando sea un acto aislado, el escribano interviniente debe controlar la existencia y representación de la sociedad.

Por último, existe un argumento según el cual el requisito de inscripción busca evitar un privilegio especial a favor de las sociedades extranjeras en detrimento competitivo de las sociedades nacionales.²⁸ Esto es un error, tal como destaca Cabanellas de las Cuevas, porque las sociedades constituidas en el extranjero ya han debido realizar los trámites de constitución en su país de origen.²⁹ Y las chances de que esos requisitos hayan sido menos exigentes que los nuestros son impredecibles, por lo cual no sirven como fundamento de una regla.

Como vemos, entonces, los requisitos del Art. 193 no responden a ningún interés relevante del Estado o de los acreedores. ¿A qué puede responder, entonces?

Una explicación muy plausible es la histórica. En el momento que se aprobó la LSC, era una opinión difundida que las sucursales de sociedades extranjeras eran nuevas personas jurídicas independientes de la matriz. Por lo tanto, correspondía hacerlas cumplir con los requisitos que normalmente se exigen para la constitución de cualquier persona jurídica: formalidades de inscripción y publicación, designación de representante, asignación de un domicilio propio y de un capital independiente (Art. 193) y confección de contabilidad separada, en idioma español (Art. 194).

En este sentido, expresaba Ronald Herbert frente a la comisión legislativa de la LSC que “desde la época de Alfonsín se ha planteado que la sucursal establecida en una República constituye, según él una persona jurídica diferente, que se somete al control de los órganos uruguayos. Ese tipo de sucursal tiene características muy especiales en el Derecho Internacional Privado: se le debe asignar un capital propio un representante propio – que es el representante orgánico – y debe tener domicilio constituido porque, reitero, es una persona jurídica del país en que está actuando. Entonces, lo que va a controlar la Inspección General de Hacienda y los demás órganos va a ser la actividad que desarrolla la sucursal como tal, y no la personería de la sociedad original, los derechos que tienen los accionistas en otros países ni cómo se expresan los órganos en esos lugares.”³⁰ En el mismo sentido, expresó Tellechea “... Desde Alfonsín hasta el presente se entiende — no solamente en la doctrina uruguaya — que esa sucursal de una persona jurídica extranjera es verdaderamente una nueva persona jurídica. Entonces, es lógico que el control sea más serio porque se trata del surgimiento

25 Cabanellas de las Cuevas, op. cit., p. 339.

26 Cabanellas de las Cuevas, op. cit., p. 350.

27 Berdaguer op. cit., pp.38-39.

28 Ver fallo argentino *Dauphine Corporation c. Inspección General de Hacienda*, Cám. Nac. Com., Sala D, 19/5/87, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1987, t. 20, p. 987; Berta Kaller de Orchansky, *Las sociedades comerciales en el Derecho Internacional Privado argentino*, Buenos Aires, La Ley, 1972, t. 147, p. 1207; Eduardo Favier Dubois (h), *Derecho Societario Registral*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1994, p. 212.

29 Cabanellas de las Cuevas, op. cit., p. 161.

30 Versión taquigráfica de la sesión del 14 de julio de 1988.

de una nueva persona jurídica. A mi juicio, no es correcto que no se someta a ningún control la actuación en el país de aquellas personas jurídicas extranjeras...”³¹

Por lo tanto, si es cierto que la norma no responde a ningún interés social relevante, y la razón de su existencia podría responder a una confusión teórica que hoy ya está superada, debemos aceptar que no hay razones que justifiquen una supuesta obligación de registrarse. De lo cual sigue que tampoco son necesarios esfuerzos interpretativos dirigidos a ese fin.

Por lo tanto, si no hay una obligación de las sociedades extranjeras de cumplir con los requisitos formales del Art. 193, ni hay fundamentos de política legislativa que busquen proteger intereses sociales relevantes, se deduce que las sociedades extranjeras tienen una opción de cumplir estos requisitos. Esta opción la tomarán, o no, cuando les sirva constituir una sucursal en el Uruguay y decidan hacerlo libremente.

4. Este es un tema de inversión extranjera y de fomento del comercio internacional

Los requisitos que un país exige a las sociedades extranjeras para actuar en su territorio son parte de su política frente a la inversión extranjera y al comercio internacional.³²

Así lo concibieron los legisladores que elaboraron y aprobaron el texto de la LSC.³³ Delfino Cazet sostuvo incluso que la concepción amplia y flexible, finalmente aprobada para la redacción del Art. 193, es “fundamental” para recibir la inversión extranjera.³⁴

En este sentido, no alcanza con reconocer a las sociedades extranjeras “de pleno derecho”. También hay que permitirles actuar con la menor cantidad de trabas posibles. Cabanellas de las Cuevas opina que “un sistema jurídico puede reconocer plenamente y en forma inmediata a las sociedades constituidas en el extranjero o con otros elementos foráneos, y sin embargo imponer, a través de uno o más instrumentos de política económica, restricciones insuperables para su acceso a los mercados locales o para la realización de radicaciones de capital”.³⁵ Es obvio que los requisitos formales del Art. 193 no son “insuperables”; pero son formalidades que tienen costos de tiempo y servicios profesionales. Y si como vimos antes, son costos que no se justifican por ninguna razón especial, no hay razones para exigirlos.

Por esta misma razón, Cabanellas de las Cuevas insiste en que si no hay intereses legítimos de terceros para ser protegidos, “no tendrían justificación los costos que para las sociedades extranjeras, y consecuentemente para los consumidores, implica el cumplimiento con las obligaciones de registro aquí consideradas. A esos costos deben añadirse los que supone para el Estado llevar los respectivos registros, a cuenta – desde este ángulo – del contribuyente.”³⁶

Uruguay tiene una mala imagen internacional como lugar para hacer negocios. Actualmente ocupa el puesto No. 109 del ranking del Banco Mundial llamado “Doing Business”.³⁷ Si bien el ranking no está confeccionado en base a las políticas sobre actuación de sociedades extranjeras, sino que se basa en información mucho más general, nos parece significativo que los tres países mejor calificados en materia de comercio internacional tengan regímenes de actuación de sociedades extranjeras mucho más liberales que el nuestro.

El primer lugar lo ocupa Singapur. En ese país, como principio, se exige que toda sociedad que “realiza negocios” lo haga mediante inscripción en un registro especial. Pero a efectos de la ley, hacer negocios implica administrar o realizar actos sobre propiedad situada en Singapur, ya sea como agente, representante o fiduciario.³⁸ Cualquier otro tipo de actividad, está exenta de registración.

En Hong Kong, China, lo que se exige cuando una empresa extranjera viene a hacer negocios es que llene un formulario de menos de dos páginas, indicando el nombre de la sociedad, lugar y fecha de constitución,

31 Versión taquigráfica de la sesión del 14 de julio de 1988.

32 Ver, por ejemplo, Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1983, t. 3, pp. 138 y 139; Kaller de Orchansky, op. cit., p. 1207; Rovira, op. cit., p. 97; Santos Belandro, op. cit., p. 80.

33 Conf. Hargain, op. cit., p. 303, quien dice: “la intención de los legisladores era facilitar la actuación de las sociedades extranjeras en Uruguay, en el entendido de que ello serviría para atraer capitales e inversiones al país.”

34 Versión taquigráfica de la sesión del 10 de agosto de 1988.

35 Cabanellas de las Cuevas, op. cit., p. 142.

36 Cabanellas de las Cuevas, op. cit., p. 377, nota 162.

37 <http://www.doingbusiness.org/economyrankings/>

38 Singapore Companies Act, Parte I, División XI, Art. 366

una descripción de la naturaleza del negocio, domicilio de la sociedad, y los datos de contacto de sus representantes, si los hubiere.³⁹

Por último, en Dinamarca se regula solamente el caso de que una sociedad extranjera decida establecer una sucursal.⁴⁰ El resto es silencio.

Esta constatación revela que el costo para Uruguay de exigir los requisitos formales del Art. 193 podría estar superando con creces el monto de las tasas registrales y honorarios profesionales. Nuestra bajísima calificación en el ranking del Banco Mundial podría estar causándonos graves perjuicios desde un punto de vista reputacional, porque este ranking es una referencia obligada para cualquier inversor extranjero. Puede que no sea así y que sea casualidad que los tres países mejores ubicados sean mucho más liberales y predecibles que nosotros en este tema. Pero es probable que no.

Lo más probable es que estos países hayan pensando en términos de competitividad y eficiencia, en el entendido de que las empresas extranjeras eligen un país donde instalarse tomando en cuenta esos parámetros. Nosotros también lo entendemos así. La Asociación de Escribanos expresó que “se ha afirmado, con razón, que una actividad esporádica vuelve contraproducente para los intereses del país, realizar un sometimiento a ley local.”⁴¹

Pero sucede que muchas veces hemos escuchado decir que esta ganancia de eficiencia no es justificable porque le daría a los inversores extranjeros una ventaja indebida con respecto a los comerciantes locales. El problema con esta explicación es, como dice Cabanellas de las Cuevas respecto de su país, que si para un inversor es más rentable operar a través de una sociedad extranjera, “esto no lo soluciona el eterno pase mágico del derecho argentino, la inscripción registral. Lo único que se logra es motivar la formación de estructuras jurídicas más complejas y costosas. Una creencia muy peligrosa en esta vida, y muy común en la Argentina, es que el prójimo es estúpido, y ciertamente más estúpido que un inversor argentino normal.”⁴²

5. Conclusión

Cuando exigimos a sociedades extranjeras que realicen determinadas formalidades antes de hacer negocios en nuestro país, estamos dando un mensaje. Estamos diciendo que consideramos que esas exigencias aumentan el bienestar de esas sociedades, o que de lo contrario están justificadas moral o políticamente. Y ese mensaje se recibe por el inversor extranjero y lo ayuda a formarse una opinión sobre el país.

Por eso en materia de fomento de inversión extranjera se habla tanto de “políticas de estado”. Si hay un compromiso claro y ampliamente aceptado por la sociedad, el inversor extranjero se enfrenta a un escenario predecible y probablemente estable.

En el caso del Art. 193 de la LSC, nos da la sensación que no tenemos una política clara y ampliamente aceptada. El hecho de que la ley haya introducido una categoría indefinida como la de “acto aislado”, creó en nuestra doctrina un grado de confusión tal que nuestra práctica se volvió impredecible. Nadie se anima a decir cuándo un acto es aislado y cuando no lo es. Y cuando alguien aproxima una interpretación, lo hace con palabras tan o más abstractas que la propia ley. El resultado es impredecible y variable. Y bueno es decirlo, es el resultado exactamente contrario al que deberíamos buscar si queremos fomentar la inversión extranjera.

Los antecedentes parlamentarios dejan claro que el propósito del Art. 193 fue fomentar este tipo de inversión. Por eso quiso exigir la menor cantidad de formalidades posible para la actuación de sociedades extranjeras. Pero la indeterminación de su lenguaje y sus profundos vacíos dieron pie para que prevaleciera la opinión tuitiva, la que propician aquellos que piensan que los requisitos formales protegen intereses sociales relevantes.

El problema está en que los requisitos de inscripción y publicación no protegen intereses relevantes. No protegen ni a los acreedores ni a los intereses nacionales en general. Por lo tanto, no se justifica un apartamiento de la solución que promueva la inversión extranjera.

39 Ver legislación sobre Hong Kong en: <http://www.doingbusiness.org/LawLibrary/?economyid=43>. El formulario de registro puede encontrarse en el link: “Business Registration Regulations”. La “Companies Ordinance” puede verse en: <http://www.hkllii.org.hk/hk/legis/en/reg/32L/>

40 The Danish Private Companies Act (Consolidation Act), Bekendtgørelse af lov om anpartsselskaber, Parte 11, Art. 66.

41 Informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado de la Asociación de Escribanos del Uruguay, en Rev. AEU, vol. 86, N° 7-12, p. 484.

42 Cabanellas de las Cuevas, op. cit., p. 376.

Y la solución que en nuestra opinión más promueve esta inversión es la que permite la libre elección, la que le deja al inversor extranjero la opción de tomar decisiones basándose solamente en sus consideraciones de costos y beneficios, sin necesidad de internalizar ningún costo social.

La interpretación que proponemos en este trabajo supone que los requisitos del Art. 193 no son obligatorios y no dependen del tipo de actividad que la sociedad extranjera realice. Son más bien una opción para los inversores extranjeros, para que la aprovechen cuando les sirva. Por eso el Art. 193 es un instrumento de inversión extranjera. Porque está pensado para ellos; no para nosotros.

Esta interpretación tiene ventajas prácticas importantes. En primer lugar es una opción menos costosa. Además, es más predecible. Los escribanos, por ejemplo, no deberían tener sobre sí la difícil carga de averiguar cuántos actos hizo la sociedad en el pasado; les bastaría con saber si se desea constituir una sucursal o no. Y nos adherimos a estándares internacionales que podrían promover el alza de nuestro lamentable status en el ranking del Banco Mundial.

¿Y qué sucede con nuestra inversión local? Si a las sociedades extranjeras les exigimos que realicen trámites formales sólo cuando ellas quieran, pero esos trámites sí los exigimos para constituir sociedades en Uruguay, ¿no estamos imponiéndole más trabas a las sociedades locales que a las extranjeras, a efectos de operar en Uruguay? ¿No nos estamos creando un problema más grave que el que quisimos solucionar?

La respuesta es: no. Lo que estamos haciendo es crearnos la necesidad de mejorar nuestra regulación interna y ponernos en condiciones de competitividad internacional. Estamos forzándonos a ser más eficientes y más atractivos para todos: uruguayos y extranjeros.