

El inadecuado régimen de las personas jurídicas privadas extranjeras en el Código Civil y Comercial(*)(), Por Navarro Floria, Juan G. - El Derecho, [275] - (02/11/2017, nro 14.300)**

1

Las personas jurídicas en el Código Civil

y Comercial

El Código Civil y Comercial (CCC) mantiene, aun sin haber reproducido la norma del viejo art. 31 del Código de Vélez, la clasificación de las personas en dos especies: físicas (ahora llamadas, con mayor propiedad, "personas humanas") y jurídicas. La definición que ofrece el texto de "persona jurídica" (art. 141) es descriptiva, y ya no por oposición a la persona humana. Son personas jurídicas "todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación".

El art. 142 sienta la regla de que la existencia de la persona comienza desde su constitución, sin necesidad de autorización "legal"(1), salvo que ella sea expresamente requerida, en cuyo caso no puede comenzar a funcionar sin haberla obtenido. Requieren autorización, por ejemplo, las asociaciones civiles (art. 169, CCC) y las fundaciones (art. 193, CCC), pero no las simples asociaciones (art. 189, CCC). Este artículo está sistemáticamente mal ubicado, porque no se refiere a personas jurídicas en general, sino solamente a las privadas, por lo que debió situarse a continuación del 148.

El Código mantiene también la distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas (art. 145), ya presente en el Código de Vélez (aunque esa denominación proviene de la ley 17.711, que sustituyó a la original de "personas de existencia posible" y "personas de existencia necesaria"). En ambos casos, se amplía el catálogo de cada una de esas especies (arts. 146 y 148,

respectivamente).

Hay también en el CCC otra subclasificación, implícita, que resulta del art. 150: es la que distingue a las personas jurídicas privadas según hayan sido constituidas en la Argentina o en el extranjero. Toda clasificación tiene sentido si conlleva alguna consecuencia o diferencia de régimen para las distintas especies, y es lo que ocurre en este caso: la distinción determina que la ley aplicable a unas y otras sea diferente.

Existe una añeja discusión acerca de la posibilidad de atribuir nacionalidad a las personas jurídicas. En rigor de verdad, ese atributo corresponde únicamente a las personas humanas, aunque coloquialmente se hable de "personas jurídicas extranjeras", o de "sociedades extranjeras", por ejemplo. Por eso, hace bien el Código en evitar denominarlas de ese modo, y hacer referencia únicamente a su lugar de constitución.

2

La ley aplicable a las personas jurídicas privadas

El art. 150, como decimos, se refiere a la ley aplicable a las personas jurídicas privadas(2), diferenciando dos supuestos:

a) Las personas jurídicas privadas constituidas

en la República

Ellas se rigen:

1. En primer lugar, por las normas imperativas de "la ley especial". Hay aquí una remisión a lo que pintorescamente los autores del Código denominaron "microsistemas normativos autosuficientes", con los que el Código debe "entablar un diálogo de fuentes": es el caso de la Ley General de Sociedades, la de Cooperativas, la de Mutuales, etcétera. Esta ley especial, en algunos casos, no existe, sea porque la normativa del tipo de persona jurídica está inserta en el propio CCC (como ocurre con las asociaciones civiles, simples asociaciones, fundaciones y consorcios de propiedad horizontal), sea porque directamente no ha sido dictada (como es el caso de las iglesias, comunidades y confesiones religiosas del art. 146, inc. e)(3).

2. En segundo lugar, por las normas imperativas del propio CCC. Si bien estas son mencionadas en el mismo inciso que las anteriores, y por lo tanto parecen tener una jerarquía equivalente, considero que deben prevalecer aquellas (por su especialidad) respecto de estas. Es lo que resulta también del uso de la expresión "en su defecto", que indica que solo se acudirá a normas imperativas del Código "en defecto" de normas imperativas de la ley especial. Como en muchos otros casos en que se han mantenido leyes anteriores, superponiéndoles una normativa nueva inserta en el Código, se produce una duplicidad de régimen claramente inadecuada, porque pueden existir, y de hecho existen, contradicciones entre el Código y las "leyes especiales" que subsisten fuera de él, en lugar de haberse integrado en un único cuerpo, como habría aconsejado la mejor técnica. No profundizo aquí en el tema porque no es el objeto de este artículo.

3. En tercer lugar, por "las normas del acto constitutivo". Hay aquí un error reiterado en el CCC, que confunde "acto constitutivo" con "estatuto" (como se advierte, por ejemplo, en el art. 170)(4), "y de los reglamentos". Se supone que los reglamentos aludidos son los internos de la persona jurídica, emanados de sus propios órganos. El inciso agrega una innecesaria y confusa mención a las "modificaciones" del "acto constitutivo". Las eventuales modificaciones son, en realidad, del estatuto, y no del acto constitutivo, porque este se agota en sí mismo y no es modificable en cuanto tal. Y es evidente que lo que ha de aplicarse es el estatuto según su texto vigente en cada momento, si es que fue modificado en algún tiempo. La norma aclara innecesariamente que "el acto constitutivo" (en rigor, como decimos, el estatuto) prevalece por sobre los reglamentos, lo que refuerza la interpretación de que los reglamentos aludidos son los internos dictados por los órganos de la persona jurídica.

4. En cuarto lugar, por las normas supletorias de "leyes especiales". No se entiende por qué aquí se las menciona en plural, y cuando se hace referencia a las normas imperativas, se menciona "la ley especial" en singular (en el inc. a)). Se supone que es la misma ley en ambos casos: la que rige en especial a cada tipo de persona jurídica privada, que en algunos casos, como dijimos, es el propio CCC; y en otros casos son los así denominados "microsistemas normativos autosuficientes". Esas leyes son las que contienen tanto normas imperativas como supletorias.

5. Finalmente, por las normas supletorias del CCC, que también rigen "en defecto" (hubiera sido

mejor decir "en ausencia") de normas supletorias en las leyes especiales.

b) Las personas jurídicas privadas constituidas

en el extranjero

A las que quiero referirme en particular, pues a ellas se dedica una norma difícilmente explicable, el párrafo final del art. 150 del CCC, que dice: "Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades".

Es notable que lo que esa norma parece imponer es la aplicación directa (no supletoria) de la ley argentina de sociedades, a todas las personas jurídicas privadas constituidas en el extranjero. Sean o no sociedades, y cualquiera sea el tipo de estas. No hay aquí distinción entre normas imperativas y supletorias, ni lugar para normas estatutarias (en definitiva, la autonomía de la voluntad), ni mucho menos respeto por el derecho extranjero, en cuyo marco y amparo se constituyeron las personas jurídicas de que se trata.

Dicho eso, hay que señalar que la regla del art. 150 del CCC, segunda parte, está desubicada sistemáticamente: al existir en el CCC un capítulo dedicado al derecho internacional privado, era allí donde, lógicamente, correspondía insertar la norma.

Justamente, ese capítulo carece de normativa referida a las personas jurídicas, lo que resulta llamativo. Tan solo encontramos en él una mención aislada: el último párrafo del art. 2610, que manda aplicar la regla de "igualdad de trato" a las personas jurídicas "constituidas, registradas o autorizadas" en el extranjero, respecto de las nacionales. Pero esa no es, estrictamente, una regla de derecho internacional privado, sino una norma que podríamos llamar política o de cortesía. Pero que no sirve para determinar la ley aplicable al funcionamiento, forma o capacidad de las personas jurídicas nacidas en el extranjero.

Porque lo cierto es que nada dice el capítulo de derecho internacional privado en materia de capacidad, responsabilidad o denominación de las personas jurídicas constituidas en el extranjero, por poner algunos ejemplos, lo que nos lleva nuevamente al art. 150.

Ley aplicable a las personas jurídicas constituidas en el extranjero

En el art. 150 del CCC, acaso por un afán de síntesis que en este caso resulta fatal, subyace otra grave confusión, además de la ya señalada entre estatutos y actos constitutivos.

Una cosa es el derecho aplicable a las personas jurídicas en sí mismas, en cuanto a su forma de constitución, denominación, régimen interno, modalidades de integración de sus miembros o asociados si los tuvieran, derechos y deberes de estos, organización interna, órganos y régimen de gobierno y funcionamiento, responsabilidad de los administradores, y demás cuestiones que hacen a su propia estructura. Y otra cosa distinta es la capacidad que se les reconozca a esas personas jurídicas para actuar en territorio argentino, y la posibilidad de exigir determinados recaudos tales como la inscripción de sus estatutos (si los tuvieran), la constitución de un domicilio, la designación de una autoridad o representante residente en el país, la imposición de llevar una contabilidad separada por las actividades desarrolladas en el país, etcétera.

Lo primero está referido a la persona jurídica en sí misma. Lo segundo, a su capacidad de obrar en la Argentina.

La remisión realizada a la ahora llamada "Ley General de Sociedades" parece referida a lo que esa ley contempla en el caso de sociedades constituidas en el extranjero, en sus arts. 118 a 124. Pero en esa remisión hay varios y graves desaciertos.

En primer lugar, el art. 150 del CCC no se refiere exclusivamente a sociedades (ni a sociedades comerciales, ni a sociedades en general), sino a todo tipo de personas jurídicas privadas, mientras que la norma remitida (arts. 118 a 124, LGS) se refiere exclusivamente a sociedades, habiendo sido originalmente pensada con relación exclusiva a sociedades comerciales. Algunos autores han postulado que el segundo párrafo del art. 150 del CCC debería entenderse referido únicamente a las sociedades⁽⁵⁾, pero eso no parece posible por dos razones: la primera, que eso no es lo que surge del texto, que es claro (y el primer elemento de interpretación de la ley es su texto, art. 2º,

CCC), y la segunda, que, de ese modo, quedaría un vacío legal en lo referido a las restantes personas jurídicas privadas. Por otra parte, si la norma se aplicase solo a las sociedades, carecería de sentido, porque bastaría con las normas ya contenidas en la LGS(6).

En segundo lugar: cuando el art. 150 del CCC remite a la LGS, no aclara si lo hace en relación con la ley aplicable a la persona jurídica privada constituida en el extranjero en sí misma (su régimen interno) o en relación con las exigencias para obrar en la Argentina, más allá de cual sea la ley que gobierne ese régimen interno. Por la generalidad de los términos en que está concebida la norma, parece referirse a ambos supuestos, cuando, en todo caso, solo era razonable que lo hiciera al segundo. Y decimos esto porque las normas de la LGS atienden preferentemente a la actuación en el país de sociedades comerciales constituidas o establecidas en el extranjero, e imponen diferentes exigencias, según se trate de la realización de actos aislados o de una actividad permanente(7). No corresponde aquí adentrarse en el detalle y en las complejidades propias de ese régimen, que, como digo, está pensado especialmente para sociedades comerciales, por ser suficientemente conocido, aunque no exento de controversias.

En cambio, si de lo que se trataba era de definir la ley aplicable a la persona jurídica en sí misma, lo que correspondía era decir que las personas jurídicas constituidas en el extranjero se rigen por la ley de su lugar de constitución (en todo caso, con el límite de que no vulneren el orden público argentino), y, supletoriamente, por las normas argentinas aplicables al tipo que guarde con ellas mayor analogía, que no necesariamente serán las normas de la ley de sociedades. Esa ley de aplicación supletoria podrá ser la de regulación de las sociedades, pero también la de las cooperativas, las mutuales o las propias asociaciones civiles o fundaciones, según el caso.

La regla de la aplicación a las personas jurídicas constituidas en el extranjero de las normas nacionales dictadas para las "sociedades, asociaciones y fundaciones de tipo equivalente" (y no en todos los casos las dictadas para las sociedades) es la que resulta de la Convención sobre Reconocimiento de la Personería Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras, adoptada por la Convención de La Haya de Derecho Internacional Privado de 1956, y aprobada en la Argentina por la ley 24.409 de 1994. Esa ley se denomina ahora, por obra de la ley aprobatoria del Digesto Jurídico Argentino, ley O-1970, extrañamente catalogada por ese digesto en la categoría derecho internacional público, en lugar de la correcta, que es derecho internacional privado. Pero parece haber sido ignorada por los codificadores.

Es significativo que, en materia de fundaciones, el CCC, en los arts. 193 al 224, reproduzca en líneas generales lo que antes establecía la ley 19.836 (ahora, ley E-0894), con escasas y mínimas variaciones de redacción. Sin embargo, se ha omitido trasladar al Código una norma equivalente al art. 7º de la ley 19.836, referida a fundaciones extranjeras, aunque luego se alude a ellas en otros artículos (como el 224 o el 217). Esto es problemático, porque a tenor del art. 150 del CCC, las fundaciones constituidas en el extranjero estrictamente deberían regirse en nuestro país por la Ley de Sociedades, y no por las normas específicas para fundaciones, lo que carece de sentido.

Lo mismo cabe decir respecto de las asociaciones civiles, las simples asociaciones o las iglesias y comunidades religiosas: si se constituyeron en el extranjero, aplicando el art. 150 del CCC, deberían funcionar en la Argentina regidas por la Ley de Sociedades, y no por las normas del CCC adecuadas a su tipo.

La equivocada regla del art. 150 del CCC, contradice también otras normas de derecho internacional privado vigentes en la Argentina. De manera tal que se produce una inexplicable divergencia entre el derecho internacional privado de fuente interna (el mencionado art. 150) y el de fuente internacional que nos vincula con algunas naciones. Así, por ejemplo:

a) El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, que en su art. 4º dispone: "La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rige por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales. El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les correspondan. Mas, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos".

b) El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, que también en su art. 4º dice: "La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país de su domicilio. El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les corresponda. Mas, para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos. La misma regla se aplicará a las sociedades civiles".

c) El Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, que dispone: "Art. 6º - La ley del domicilio comercial rige la calidad del documento que requiere el contrato de sociedad. Los requisitos de forma del contrato se rigen por la ley del lugar de su celebración. Las formas de publicidad quedan sujetas a lo que determine cada Estado.

Art. 7º - El contenido del contrato social; las relaciones jurídicas entre los socios; entre estos y la sociedad; y entre la misma y terceros, se rigen por la ley del Estado en donde la sociedad tiene domicilio comercial.

Art. 8º - Las sociedades mercantiles se regirán por las leyes del Estado de su domicilio comercial; serán reconocidas de pleno derecho en los otros Estados contratantes y se reputarán hábiles para ejercer actos de comercio y comparecer en juicio. Mas, para el ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por las leyes del Estado en el cual intentan realizarlos. Los representantes de dichas sociedades contraen para con terceros las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades locales.

Art. 9º - Las sociedades o corporaciones constituidas en un Estado bajo una especie desconocida por las leyes de otro, pueden ejercer en este último actos de comercio, sujetándose a las prescripciones locales".

d) La ya mencionada Convención sobre Reconocimiento de la Personería Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras, aprobada por ley 24.409, que en sus arts. 1º y 5º dispone: "La personería jurídica adquirida por una sociedad, una asociación o una fundación, en virtud de la Legislación del Estado contratante en el que han sido cumplidas las formalidades de registro o de publicidad y en el que se encuentra su sede estatutaria, será reconocida de pleno derecho en los otros países contratantes, siempre que implique, además de la capacidad para promover acción judicial, por lo menos la capacidad de poseer bienes y de concluir contratos y otros actos jurídicos. La personería jurídica adquirida sin las formalidades de registro o de publicidad, será reconocida de pleno derecho, bajo las mismas condiciones, si la sociedad, la asociación o la fundación hubiera sido constituida de conformidad con la legislación que la rige" y "El reconocimiento de la personería jurídica implica la capacidad que le atribuye la ley en virtud de la cual esta ha sido adquirida. No obstante, podrán ser denegados los derechos que la ley del Estado de reconocimiento no concede a las sociedades, a las asociaciones y a las fundaciones de tipo equivalente. El Estado de reconocimiento podrá también reglamentar el alcance de la capacidad de poseer bienes en su territorio. La personería implicará en todos los casos, capacidad para la acción judicial; tanto en calidad de demandante como de demandado, de conformidad con la legislación del territorio".

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, firmada en el marco de la CIDIP III, si bien no ha sido hasta ahora aprobada por la Argentina, contiene también reglas meridianamente claras, que son las que deberían incorporarse a nuestro derecho interno:

"Art. 2º: La existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución. (â€¦)"

Art. 3º: Las personas jurídicas privadas, debidamente constituidas en un Estado Parte, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados Parte. El reconocimiento de pleno derecho no excluye la facultad del Estado Parte para exigir la comprobación de que la persona jurídica existe conforme a la ley del lugar de su constitución. En ningún caso, la capacidad reconocida a las personas jurídicas privadas, constituidas en un Estado Parte, podrá exceder de la capacidad que la ley del Estado Parte de reconocimiento otorgue a las personas jurídicas constituidas en este último.

Art. 4º: Para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto social de las personas jurídicas privadas, regirá la ley del Estado Parte donde se realicen tales actos".

Como se ve, una cosa es la legislación que rige la existencia, forma, capacidad y funcionamiento de las personas jurídicas privadas, que normalmente es la de su lugar de constitución o domicilio; y otra diferente la que rige la actuación de esas personas jurídicas en el territorio argentino, que puede someterse razonablemente a la ley argentina. Pero aun en este último caso esto debería hacerse respetando el tipo de persona jurídica de que se trate, sin homologar a todas ellas a las sociedades comerciales.

Conclusión

Lo brevemente expuesto permite extraer algunas conclusiones, tanto para la interpretación de la ley vigente como en orden a su ulterior reforma y mejora.

Lo primero que salta a la vista es que el segundo párrafo del art. 150 del CCC está sistemáticamente desubicado. Debería hacerse allí una remisión a las normas sobre derecho internacional privado, e incluir en ese capítulo las reglas aplicables a las personas jurídicas constituidas en el extranjero.

En orden a una interpretación razonable del segundo párrafo del art. 150 del CCC, referido a personas jurídicas privadas constituidas en el extranjero, y en cuanto remite a la LGS, debería considerarse referido exclusivamente a los requisitos para la actuación de esas personas jurídicas en la Argentina. Más allá del acierto o desacierto de la remisión, ese es el tema que se contempla en la LGS.

En cambio, en lo que se refiere a las formalidades para la constitución y adquisición de la personalidad jurídica, capacidad, organización interna, responsabilidad, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas privadas constituidas en el extranjero, la legislación aplicable debe ser la de su lugar de constitución o registro (en tanto no sea incompatible con las leyes argentinas de orden público). Esas personas se rigen por esa ley, por sus normas estatutarias propias, y solo subsidiariamente por la ley argentina. Y cuando decimos ley argentina, hay que entender que se trata de la que corresponda al tipo de persona jurídica de que se trate, o al tipo más próximo a ellas legislado en la República si se tratase de un tipo desconocido aquí. Esto es así por aplicación de los tratados internacionales vigentes, directamente aplicables cuando corresponda, o aplicados por analogía cuando no proceda su aplicación directa. Y es, además, lo que reclama la lógica.

De lege ferenda, el CCC debe ser modificado suprimiendo el segundo párrafo del art. 150 e incluyendo, en el capítulo correspondiente, al derecho internacional privado las normas oportunas, que bien pueden ser las de la Convención de la CIDIP III mencionadas arriba, u otras similares.

VOCES: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - TRATADOS Y CONVENIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONAS JURÍDICAS - SOCIEDADES - SOCIEDADES COMERCIALES - EXTRANJERO

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Consideraciones el fallo Boskoop S.A. Las sociedades extranjeras, por Francisco Javier Zubarán, ED, 219-305; Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales. Registración de actos societarios, por Ricardo Augusto Nissen, ED, 262-612; Consideraciones sobre la actuación en asambleas de mandatarios de sociedades extranjeras, por Jorge Daniel Grispo y Ezequiel Landry, ED, 267-843; Sociedad constituida en el extranjero. Domicilio apto para su emplazamiento en juicio, por Lisandro A. Allende, ED, 269-169; Las sociedades, los poderes, los mandatos, la delegación y la personalidad diferenciada en la Ley General de Sociedades y en el Código Civil y Comercial de la Nación, por Marcelo Eduardo Urbaneja, ED, 272-690; Consideraciones sobre la responsabilidad del "representante" de la sociedad constituida en el extranjero, por Enrique J. J. Morando, ED, diario nº 14.282 del 6-10-17. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(**) El autor es Abogado (UCA) y doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid).

Profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

(1) Lo correcto hubiera sido decir "estatal", como se expresa con mayor propiedad en la última frase del artículo. Cuando procede o se exige tal autorización, raramente se concede por ley, y ordinariamente mediante acto administrativo. Es insólito que en el mismo artículo se llame a lo mismo de dos maneras distintas.

(2) A las personas jurídicas públicas constituidas en el extranjero, en cambio, se refiere el art. 147: "Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución".

(3) Sobre este tipo de personas jurídicas, remito a Navarro Floria, Juan G., La personalidad jurídica de iglesias, confesiones y comunidades religiosas, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015-2, pág. 113.

(4) El acto constitutivo es un acto jurídico que se realiza en un momento determinado y da origen a la persona jurídica, más allá de la eventual necesidad de recabar una posterior autorización estatal o registro. En ese acto constitutivo, normalmente se aprueba el estatuto propio de la persona jurídica, que ha de regirla en el futuro. Pero uno y otro son conceptualmente diferentes. El estatuto tendrá existencia propia más allá del acto constitutivo, y podrá ser luego modificado o sustituido.

(5) Covi, Luis, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ricardo Lorenzetti (dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, t. I, pág. 598.

(6) Tobías, José W., en Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético, 2ª ed., Jorge H. Alterini (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2016, pág. 1171. Con cita de Massot, Rafael, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Alberto Bueres (dir.), Buenos Aires, Hammurabi, t. I, pág. 667.

(7) Es cierto que el art. 118 de la LGS dispone genéricamente: "La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución". Podría entenderse que hay una doble remisión: el art.150 del CCC remite al 118 de la LGS, y este a su vez a las leyes extranjeras.