

**IX JORNADAS DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA
REPÚBLICA ARGENTINA**

Tema 1: Problemática actual de las sociedades comerciales.

Subtema: Sociedades extranjeras y sociedades off shore.

**Sociedades off shore inscriptas bajo el régimen de la Ley de
Sociedades Comerciales.**

Por: Lucrecia Leiva de Nogal y Susy Inés Bello Knoll

PONENCIAS.

1. Las sociedades off shore son utilizadas para disminuir las cargas impositivas a las que estarían sujetos sus titulares en los lugares de residencia o negocios habituales y para preservar la privacidad del nombre de los titulares de las inversiones.
2. Estos objetivos no involucran ilicitud a priori.
3. No existe perjuicio fiscal por su utilización en Argentina.
4. La privacidad de la titularidad puede, en algunos casos, ocultar actos fraudulentos.
5. Son insuficientes las respuestas que otorga la ley de sociedades comerciales, en orden a la responsabilidad por incumplimiento de las normas de la misma en relación a la falta de inscripción de las sociedades extranjeras en caso de corresponder.
6. El artículo 124, en materia societaria, resulta suficiente a los fines de la sanción de sociedad extranjera off-shore utilizada fraudulentamente en los casos enunciados en 1.

Las sociedades off shore

Existen en el mundo alrededor de cincuenta de los denominados paraísos fiscales (tax heavens). Los mismos son definidos por el autor norteamericano Hoyt L. Barber como núcleos del mundo off shore, en una traducción casi literal de lo expresado en su libro sobre el tema.

La palabra offshore hace referencia a la costa del mar y podemos inferir que se refiere a aquello que se encuentra fuera del territorio. Entonces, se trata de territorios nacionales o porciones de éstos que gozan de beneficios especiales en relación a su régimen impositivo, comercial, régimen societario, bancario, financiero y de seguros.

Estos beneficios especiales son comparativamente mayores que los de cualquier otro régimen por lo que llevan a los individuos a utilizarlos particularmente en relación a disminuir las cargas impositivas a las que estarían sujetos en sus lugares de residencia habitual o sede de sus negocios y preservar la privacidad del nombre de los titulares de las inversiones.

Popularmente se suele vincular a estos regímenes con el ejercicio de actividades ilegales cuando en realidad no siempre es así. Existen casos en que efectivamente se actúa con la intención de burlar normas vigentes pero otro es el objetivo de la creación de estos paraísos fiscales internacionales.

En los últimos treinta años estos paraísos fiscales, como comúnmente se denominan, han sido utilizados por personas físicas o jurídicas que tienen residencia o sede en la República Argentina o que actúan esporádica o regularmente en el país.¹

2. Las más utilizadas en Argentina: SOCIEDADES URUGUAYAS.

El Derecho Uruguayo admite diferentes formas de Sociedades a las que reconoce personería jurídica. Muchas de ellas se caracterizan por la limitación de sus responsabilidades a su propio patrimonio.

Las de mayor desarrollo comercial son las Sociedades Anónimas con capital representado por acciones al portador.

Dentro de este sistema societario existe un tipo de entidades, de especial tratamiento tributario, para un funcionamiento fundamentalmente off shore, que se denominan Sociedades Anónimas Financieras de Inversión (S.A.F.I.).

Desde 1948 existen en Uruguay, como tipo especial de personas jurídicas, las Sociedades Anónimas Financieras de Inversión (S.A.F.I.), creadas por la Ley 11.073.

¹ Martorell, Ernesto, "Nuevos estudios societarios: sociedades off shore. Sociedades de grupo. ¿puro grupo?", LL, T. 1999-B pág. 877

Su objeto es desarrollar operaciones fuera del territorio uruguayo, y se caracterizan por estar reguladas mediante normas que les permiten un ágil desenvolvimiento. Están asimismo regidas por disposiciones tributarias particularmente benignas.

Las S.A.F.I. tienen por finalidad principal “realizar, directa, indirectamente, por cuenta propia o de terceros, o para terceros, inversiones en el extranjero en títulos, bonos, acciones, cédulas, debentures, letras, bienes mobiliarios o inmobiliarios...”

El amplio y flexible objeto autorizado por el legislador se halla limitado exclusivamente por determinadas prohibiciones, referidas en su mayoría a actividades específicamente cumplidas dentro del territorio nacional, por lo cual esto en nada entorpece el desenvolvimiento de la actividad “off-shore”, fin propio de las S.A.F.I.. Dichas prohibiciones no alcanzan a los depósitos bancarios en moneda extranjera radicados en Uruguay, los que a estos efectos la ley considera extra-territoriales, así como cualquier otro valor mobiliario del exterior.

La constitución de las S.A.F.I. se realiza mediante documento privado con certificación notarial de las firmas de los fundadores. La documentación no necesariamente ha de ser otorgada por el inversor, de modo que puede asegurarse su absoluto anonimato.

Es posible, con toda facilidad, y en la práctica es lo habitual, adquirir una S.A.F.I., previamente constituida pero que aún no haya realizado operación alguna. Esta adquisición se cumple mediante transmisión manual de las acciones al portador, preservándose el anonimato de los interesados. El Derecho Uruguayo admite, sin limitaciones, la legitimidad de las Sociedades Anónimas cuyo paquete accionario pertenece enteramente a una sola persona (Sociedades de accionista único).

Podrán tener en el extranjero:

- a) Cualquier clase de cuenta en cualquier divisa, con excepción de pesos uruguayos.
- b) Cualquier clase de acciones, valores, títulos, bonos, cédulas, debentures, letras, que no sean uruguayos.
- c) Industrias de cualquier tipo.
- d) Lingotes y monedas de oro.

- e) Inmuebles de cualquier clase.
- f) Cualquier actividad permitida por el país donde se efectúe.

Anualmente las S.A.F.I. deben cumplir las siguientes obligaciones:

- a) Llevar libros de comercio y realizar los balances correspondientes a cada cierre de ejercicio.
- b) Celebrar una Asamblea General de Accionistas.
- c) Publicar sus balances.
- d) Liquidar y pagar el impuesto.

3. Indicios registrales de sociedades off

Nuestro régimen societario no atiende a la nacionalidad sino al lugar de constitución de la sociedad extranjera.²

El domicilio es un sistema que pese a las dificultades sirve eficazmente para presumir que la entidad se vincula al país en que se ha constituido, pero la presunción cede cuando aparecen elementos que revelan el carácter fraudulento o simulado del mismo.

En la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el primer cuatrimestre del año 2001 se registraron dentro del marco de sociedades extranjeras las siguientes sociedades: apertura de sucursal/representación permanente (art. 118) 195 sociedades y participación en sociedad local (art. 123) 474 sociedades (incluye las inscriptas a los fines de la celebración de contratos de colaboración. En el mismo período se registraron 1202 sociedades de responsabilidad limitada y 1754 sociedades anónimas.³

En la jurisdicción de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut en el período 2001-2002: se registraron cuatro sociedades extranjeras con las siguientes características: la cantidad de tres por artículo 123 (una norteamericana, otra uruguaya y otra alemana) y

² Rovira, Alfredo L., "Sociedades extranjeras", Abeledo Perrot, 1985, pág. 44 y ss.

³ Suplemento Inspección General de Justicia, LL, 29 de mayo de 2001.

la cantidad de una (francesa) por artículo 118. Como vemos, una sola sociedad uruguaya inscripta para ser socia de una sociedad argentina.

En su mayoría las sociedades off shore se ajustan a lo dispuesto por el artículo 123 de la Ley de Sociedades Comerciales si son utilizadas para constituir sociedades comerciales en el país o bien adquirir participaciones en las mismas. En general, en este caso, el objetivo de utilización de estas sociedades es posibilitar el anonimato de los tenedores de participaciones sociales, de bienes muebles registrables o inmuebles, o bien de créditos a empresas.⁴

Raramente estas sociedades encuadran en el artículo 118 de la Ley de Sociedades Comerciales. Tampoco suele ser posible probar los extremos del artículo 124 de la misma Ley.

Las consecuencias del incumplimiento de lo dispuesto por la Ley de Sociedades Comerciales cuando ésta obliga a la inscripción de la sociedad ha dado lugar a distintas apreciaciones doctrinarias, a saber:

En referencia al artículo 118: hay quienes proponen la aplicación de la responsabilidad conforme a las normas que regulan la actuación de los administradores de las sociedades irregulares y considerar a las sociedades no inscriptas como irregulares (Eduardo Roca y Alfredo Rovira) y quienes auspician la inoponibilidad de la actuación de la persona jurídica extranjera (Ricardo Nissen).

No nos cabe duda alguna de quienes administraron la sociedad y realizaron actos comprendidos en su objeto en forma habitual serán sancionados con la aplicación del más alto grado de responsabilidad que provee la legislación societaria cual es la responsabilidad solidaria e ilimitada. Sea por aplicación de la normativa societaria referida a las sociedades irregulares o por la inoponibilidad.

Las soluciones dadas por la doctrina en relación a las sociedades no inscriptas, tanto la oponibilidad de las mismas (Nissen y Perciavalle) como la irregularidad (Roca y Rovira)⁵, parecen mecanismos eficientes para la solución de conflictos que se produzcan en el marco de la utilización de sociedades off shore, generando responsabilidad solidaria e ilimitada en los sujetos involucrados.⁶

⁴ Freire Aurich, Juan Francisco, "Emplazamiento en juicio de la sociedad constituida en el extranjero", LL, 22 de julio de 1998.

⁵ Moteleone Lanfranco, Alejandro P., "Sociedad extranjera no inscripta", LL, 11 de febrero de 2002.

⁶ Artículos 23 y 54 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Coincidimos con Ricardo Nissen en cuanto a la dudosa aplicación de la ley argentina cuando la regla es que en relación a la existencia y forma se rige por la ley del lugar de constitución.

No existe norma directa referida al incumplimiento y si bien, en forma pragmática, se pueden buscar soluciones que lleven a la responsabilidad ilimitada y solidaria por el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto, no existe analogía entre la sociedad irregular y la sociedad extranjera no inscripta.

En referencia al artículo 123: Tampoco existe en esta situación una norma directa referida al incumplimiento y tanto la doctrina como la jurisprudencia han dado soluciones prácticas acertadas a los fines de no reconocer legitimidad y eficacia al acto societario donde concurren como socias sociedades extranjeras no inscriptas en el caso particular de que las mismas formen la voluntad social.⁷

En el caso del acto constitutivo societario es claro que los Registros Públicos de Comercio intervinientes juegan un papel fundamental en cuanto al control de la legalidad del acto y será necesaria la subsanación del defecto no tipificante que hace anulable el contrato.

Distinto es el caso de adquisición de participación societaria posterior a la constitución, particularmente en las sociedades anónimas, ya que sólo intervendrán los Registros Públicos de Comercio cuando sea necesaria una inscripción que suponga el control de la voluntad social y su validez. Mientras eso no suceda la sociedad extranjera estará violando lo dispuesto por el artículo 123 sin sanción normativa aplicable ni demasiada posibilidad de control de la misma por parte de autoridad alguna.

Sin duda la legislación en este ámbito es insuficiente.

Creemos que es indudable que se necesita una revisión de las normas y una clara determinación normativa de las sanciones a aplicar en ambos casos (arts. 118 y 123).

4. Las sociedades off shore y el fraude

⁷ Idem 2 página 78

Hemos planteado, en el primer punto que las sociedades off shore, se suelen utilizar para disminuir las cargas impositivas a las que estarían sujetos sus titulares en sus lugares de residencia habitual o sede de sus negocios. Asimismo enunciamos que son utilizadas para preservar la privacidad del nombre de los titulares de las inversiones.

En referencia al primer punto, es decir el beneficio en relación a la disminución de carga impositiva, podemos afirmar que en los distintos actos o situaciones en que la sociedad off shore uruguaya se puede encontrar en la Argentina conforme a lo ya analizado, la misma se encuentra alcanzada por los gravámenes en igual o mayor grado que las sociedades argentinas. Se concluye entonces que no existe perjuicio fiscal para el Estado Argentino.

Una segunda cuestión es la referida a la privacidad o anonimato de los titulares de las sociedades. Aquí es donde podrían aparecer causales de utilización de estas figuras de carácter fraudulento o simulado.

El artículo 957 del Código Civil indica que la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.

En tanto esté involucrada una simulación, se deberá establecer claramente si se trata de la llamada simulación lícita ampliamente defendida en el ámbito societario por el Dr. Otaegui, o bien de una simulación ilícita. En cada caso particular y conforme los extremos que puedan probarse se podrá concluir que existe fraude o simulación que cause daño y dicho daño deba ser reparado.

No se puede presumir, bajo ningún punto de vista, el fraude. Es necesario recordar aquí al Dr. Enrique Butty hablando de fraude societario en las Jornadas de Institutos realizadas en San Martín de los Andes, cuando parafraseaba a Parménides: “en este tema también la realidad es la única verdad”. Por ello, es necesario probar el fraude y las consecuencias jurídicas del fraude probado llevarán a los perjudicados a la obtención del resarcimiento correspondiente en sede jurisdiccional.

En el análisis en relación a este tema encontraremos que: a) En el caso de la constitución de la sociedad extranjera, seguramente, se harán enunciaciones generales en su objeto y no se establecerá el objeto verdadero que sería la realización de negocios jurídicos en Argentina. Por ejemplo, la constitución de una sociedad extranjera para adquirir un bien inmueble en Argentina, y; b) En el caso del negocio jurídico en sí, realizado en Argentina, existiría otra simulación distinta ya que se ocultaría el último

sentido del acto jurídico ejecutado. Por ejemplo, adquisición de bien inmueble por una sociedad off shore cuando en realidad una persona física determinada es quien adquiere el bien.

En conclusión esta simulación en sí misma es “neutra, ni buena ni mala: es incolora” como decía Llambías citando a Borda.⁸

En la Ley de Sociedades Comerciales es el artículo 124 el que contempla la situación planteada en referencia a las sociedades off-shor, para el caso en que especialmente la sociedad extranjera haya sido constituida sólo al efecto de ser titular de bienes, o de participaciones sociales, entre otros posibles objetos, en nuestro país. Entonces, si es posible probar el extremo de que el principal objeto está destinado a cumplirse en la República Argentina, a pesar de que el redactado en el estatuto social sea distinto y referido a actos a realizar en cualquier país del mundo, se podrá utilizar todo el instrumental de la ley de sociedades comerciales en relación a la atribución de personalidad, el cumplimiento de formalidades de constitución y control de funcionamiento, y en caso de corresponder, el artículo 54 en su último párrafo tendrá plena aplicación debiendo responder los socios o controlantes en forma ilimita y solidaria por los perjuicios causados.

No es, a nuestro criterio, posible generalizar sobre la utilización de sociedades off shore, prejuzgando su existencia vinculada con actos dolosos. No parece tampoco razonable adicionar un test de registrabilidad previo más gravoso que el existente en el marco de la Ley de Sociedades Comerciales. No sería de fácil implementación un control adicional como la acreditación del cumplimiento de las obligaciones debidas en su lugar de constitución.

Es de destacar que la consigna institucional, por lo menos en la jurisdicción de Comodoro Rivadavia, es que al inscribirse la sociedad extranjera, está haciendo uso del recurso legal que la misma legislación argentina le concede y facilita, a los efectos de “transparentar” su existencia, a diferencia de las empresas que operando en nuestro país, irregularmente, no tienen domicilio cierto ni apoderados “encontrables” y desarrollan actividades contractuales y relaciones laborales que en caso de conflicto presumimos la incertidumbre de su resultado (y no precisamente por subjetividad judicial).

Por ello, el exigir más formalidades de las que criteriosamente se exigen (inscripción registral de origen, que podrá agregarse en original o protocolizarse, copias legalizadas de estatuto y vigencia de la sociedad, entre otros) sería castigar al que se acoge a la norma societaria, adoptando una actitud prejuiciosa, por parte del controlador.

⁸ Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de derecho civil. Parte General.”, Ed. Abeledo Perrot, Tomo II, pág. 521

Hoy en día vemos desplomarse grandes emporios empresariales en las naciones más avanzadas a través del fraude impositivo y la violación a la confianza de los accionistas, creer que somos de los pocos países permanentemente jaqueados por dolosos proyectos empresariales es, como mínimo, un acto de soberbia.