

## **LA INVERSIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS EN MATERIA DE SOCIEDADES OFFSHORE Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD**

POR ALEJANDRA M. GILS CARBÓ

### **Sumario**

(i) Las sociedades *offshore* permiten ocultar a los verdaderos beneficiarios de sus operaciones, dado que ofrecen un régimen de opacidad y subreglamentación. Esa situación anómala debe crear una presunción de fraude a las leyes nacionales y, en especial, a las reglas sobre responsabilidad. Dado que tratar igual a los desiguales es una de las formas de la desigualdad, la elección de operar con una sociedad *offshore* debe producir una inversión de las cargas probatorias, en cuanto a la legitimidad de los actos realizados, la autenticidad del negocio, el origen y destino de los fondos empleados, la identidad de sus titulares, etc.

(ii) Asimismo, tratándose de una especie de sociedad que tiene prohibido realizar actos en su país de origen, su actuación en el país queda encuadrada en el artículo 124 de la Ley de Sociedades. Por ende, si no se ha inscrito en el registro societario respectivo, debe considerarse irregular a todos los efectos legales (artículo 23 LS) y a sus socios, responsables solidaria e ilimitadamente por los actos cumplidos.

### **Ponencia**

(i) Las sociedades *offshore* se caracterizan porque están autorizadas por el país de origen (vgr. Panamá, Islas Vírgenes, Islas Caimán) para cumplir su objeto social y desarrollar su actividad exclusivamente en el exterior. Algo así como entregarle a un médico su título bajo la promesa de que no va a ejercer la

medicina en el país que lo habilitó. Sería natural que nadie confíe su salud a un facultativo así; sin embargo, por el contrario, la utilización de sociedades *offshore* es un hecho ampliamente difundido en el mundo económico.

La razón de ser de esta clase de sociedades se explica porque están favorecidas por un sistema de confidencialidad, ofrecido por el país de origen, que impide conocer la identidad de los accionistas y de los directivos. En la mayoría de los casos, el nombre de los fundadores, socios y administradores no figura en ningún registro público. Una única y misma persona puede ser director, presidente, secretario, tesorero y accionista sin residir en el Estado de origen. La sede social se puede fijar en el extranjero y la única obligación es tener un agente autorizado (v. Thierry Godefroy y Pierre Lascoumes. *El Capitalismo Clandestino*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2005, p. 39 y siguientes).

Las sociedades *offshore* permiten ocultar a los verdaderos dueños del negocio cuando necesitan esconder su participación en determinadas actividades y eludir las responsabilidades. De ahí, que el país otorgante cuide sus propios intereses nacionales prohibiendo a la sociedad desarrollar actividades en su territorio. Un antecedente remoto de este tratamiento diferencial se puede hallar en las *patentes de corso*.

El uso creciente de sociedades extranjeras *offshore* permite obrar en la clandestinidad para cometer delitos económicos y burlar toda clase de imperativos legales mediante la actuación por interpósita persona. Me refiero a la elusión y evasión de las obligaciones tributarias, a la transgresión del régimen sucesorio, de los deberes de asistencia familiar, de la división de la sociedad conyugal, de la responsabilidad ante los acreedores –contractuales o extracontractuales– de la responsabilidad de administradores y directivos de las sociedades ante los socios minoritarios, al ocultamiento de fondos de origen injustificable y toda clase de simulación y fraude a derecho de terceros (conf. Vitolo, Daniel. *Sociedades Constituidas en el Extranjero con Sede o Principal Objeto en la República*, Ed. El Derecho, Buenos Aires, p. 36).

Hoy es posible crear una compañía *offshore* para múltiples usos de fraude a la ley, por importes que oscilan entre los U\$S 1500 y U\$S 4000. Los estudios profesionales que ofrecen este servicio suelen contar con un plantel de socios fundadores y representantes que van a ocultar al verdadero propietario.

Se calcula, actualmente, que este fraude planetario se distribuye en casi un centenar de paraísos fiscales diseminados

por todo el mundo. Los principales centros se encuentran en el Caribe (Bermudas, Bahamas, Islas Caimán, Panamá, Antillas Holandesas, Islas Vírgenes, Dominica, San Vicente y Granadinas, San Kitts y Nevis, Antillas Holandesas); en Europa (Isla de Man, Guernsey, Jersey, Andorra, Liechtenstein, Suiza, Gibraltar); en el Océano Índico (Anjouan, Isla Mauricio) y en el Pacífico (Hong Kong, Macao, Isla Niue, Islas Cook, República de Nauru).

Estos paraísos se especializan en la creación *express* de “sociedades *offshore* o pantalla” que son utilizadas para: (i) disimular operaciones prohibidas o que comprometerían claramente la responsabilidad de sus autores si fueran llevadas a cabo en el país de origen; (ii) ocultar el abuso de bienes de la sociedad por sus directivos o accionistas; (iii) encubrir la corrupción de funcionarios públicos y magistrados; (iv) facilitar el “maquillaje contable” con el fin de disimular pérdidas a través de subsidiarias *offshore* (casos “Enron” y “Parmalat”); (v) en general, para engañar a los accionistas minoritarios, a los pequeños inversionistas y a las autoridades de control del mercado de valores; (vi) posibilitar la total eliminación de la responsabilidad de los directivos de sociedades al ocultar las operaciones fraudulentas y el uso de información privilegiada; (vii) impiden identificar a los autores de delitos económicos; (viii) permiten sustraer los bienes del deudor de los reclamos de sus acreedores; (ix) hacer desaparecer bienes que pertenecen a la sociedad conyugal y a la herencia legítima de los hijos, etc.

La creación de créditos falsos o compra de votos a nombre de una sociedad *offshore* para aprobar propuestas abusivas y fraudulentas en los concordatos preventivos es un fraude clásico ante los tribunales de comercio. El régimen de confidencialidad que ofrecen los centros *offshore* para resguardar la identidad de accionistas y directivos es un recurso ideal para defraudar a terceros mediante cualquier sistema de mayorías, ya que posibilita la votación de una persona que se halla en “conflicto de intereses” pero que permanece oculta tras una sociedad-pantalla.

Así, es frecuente ver que la mayoría invocada para aprobar un concordato preventivo abusivo y fraudulento haya sido formada con el voto del propio deudor o su controlante, por interpósita persona. La Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha denunciado esas prácticas en los autos: “Romi SRL sobre acuerdo preconcursal”, Dictamen n° 101.468 del 13 de septiembre de 2004; “Buenos Aires Tur SRL sobre acuerdo preventivo extrajudicial”, dictamen n° 112.042 del 23 de junio de 2006; “Cablevisión S.A. sobre acuerdo preventivo

extrajudicial sobre incidente de subrogación”, Dictamen n° 109.467 del 14 de diciembre de 2005; “Apartime S.A. sobre concurso preventivo sobre incidente de elevación”, Dictamen n° 113.642 del 19 de octubre de 2006 y dictamen n° 114.754 del 21 de febrero de 2007; “González Carlos Alberto Plácido sobre quiebra sobre incidente de apelación”, Dictamen n° 113.897 del 10 de noviembre de 2006; “M.J.V sobre concurso preventivo”, Dictamen n° 117.183 del 17 de septiembre de 2007; “Win Win S.A. contra Retrievers S.A. sobre ordinario”, Dictamen n° 120.340 del 18 de julio de 2008; “Metalúrgica Dakot S.A. sobre acuerdo preventivo extrajudicial”, Dictamen n° 121.269 del 17 de octubre de 2008, entre otros.

Las víctimas de los fraudes cometidos por sociedades de esta clase se encuentran prácticamente indefensas, dado que la oferta de opacidad en que se basa el negocio de las plazas *offshore* **se completa con la imposibilidad de realizar cualquier investigación y obtener alguna prueba en los paraísos de la impunidad.** En casi todos los casos, las víctimas del fraude están inermes para evitar el despojo que están padeciendo porque una de las más importantes ventajas que refuerza el sistema de confidencialidad ofrecido por los centros *offshore* es que **garantizan el fracaso de las acciones judiciales que inicien los afectados para hacer valer la responsabilidad civil o penal de los autores de un fraude.**

En efecto, el sistema está estructurado para no permitir el acceso a la información sobre directivos y accionistas que pueda conducir a identificarlos. La obligación de presentar balances e informar sobre la actividad social es nula o de gran laxitud. En gran parte de los casos, la sede de la sociedad está constituida por una simple casilla de correo para recibir correspondencia y no hay forma de acceder a los libros de comercio y otra clase de documentación. Solamente el costo que insume realizar medidas de prueba en esas tierras extrañas disuade a los perjudicados de intentarlo, sobre todo ante la escasa posibilidad de obtener algún dato en estos sitios especializados en la ausencia de transparencia. Esto ocasiona que, en la mayoría de los casos, las víctimas del fraude opten por el abandono de sus derechos para no incurrir en mayores gastos que se sumarían a la pérdida ya padecida.

En este contexto fáctico y **en virtud del principio de las cargas probatorias dinámicas**, cabe concluir que quien eligió radicar una sociedad en una plaza *offshore* para prevalerse de un régimen de opacidad y subreglamentación **tiene la carga**

**de probar la legitimidad de su actuación**, la identidad de sus titulares, el origen de los fondos empleados, etc. Este espíritu –de poner la carga de la prueba de la legitimidad sobre la sociedad *off shore*– es el que subyace en las resoluciones dictadas en los últimos años por la Inspección General de Justicia para combatir el fraude societario (Resoluciones n° 7/03; 8/03; 7/05, entre otras). En esta misma línea, **la Comisión Nacional de Valores ha dictado recientemente la Resolución n° 554/09, que prohíbe la realización de operaciones bursátiles con sociedades constituidas en paraísos fiscales**, en particular, con la República Oriental del Uruguay.

(ii) Por otro lado, el accionar de una sociedad offshore que realiza su actividad en nuestro país –dado que, por su naturaleza, le está prohibido hacerlo en el de origen– queda comprometido en el artículo 124 de la Ley de Sociedades (LS), que establece que la sociedad constituida en el extranjero que tenga sede en la República Argentina, o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, deber ser considerada sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento.

Tal es el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante una análoga situación, en los autos “Compañía General de Negocios SAIFE sobre pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.” (Sentencia del 24 de febrero de 2009).

En ese caso, la Corte dejó establecido que cuando la sede o el principal objeto social se ubican en territorio nacional, se configura la hipótesis prevista por el artículo 124 LS, que individualiza el supuesto en el cual una sociedad extranjera no es reconocida como tal, sino como sociedad local. Señaló que “El artículo 118 de la Ley 19.550 regula el reconocimiento de la sociedad extranjera, en tanto ésta se ajuste a las leyes del lugar de su constitución, y el artículo 124 del mismo ordenamiento –cuya aplicación solicitan los recurrentes– individualiza el supuesto en el cual la sociedad constituida en el extranjero no es reconocida como tal, sino como sociedad local. Tal supuesto se configura cuando la sede o el principal objeto social se ubican en territorio nacional, hipótesis que impone la aplicación del ordenamiento legal nacional con el alcance establecido en la propia norma. Por consiguiente, la decisión acerca del tratamiento legal que, en el derecho interno, corresponde a la sociedad cuya quiebra se peticiona, se encuentra inescindiblemente unida a la conclusión a que se arribe acerca del lugar en que ésta desarrolló su actividad principal”.

Con estos argumentos, la Corte revocó la sentencia de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que había rechazado la competencia del juez argentino para declarar la quiebra de una sociedad *offshore* radicada en Uruguay.

En conclusión, si la sociedad extranjera encuadrable en el citado artículo 124, no está inscrita en el registro societario, debe considerarse irregular y a sus socios solidaria e ilimitadamente responsables por las obligaciones contraídas (artículo 23 LS).