

SOCIEDADES “OFF SHORE”.

NECESIDAD DE PREVENIR EN TODO EL PAÍS SU USO INDEBIDO

EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H)
LUCÍA SPAGNOLO

1. LA LEY APLICABLE A LAS SOCIEDADES COMERCIALES

La cuestión de la ley aplicable a las sociedades comerciales es diversa a la de su “nacionalidad”, y se refiere a la posibilidad de que una sociedad existente conforme con una ley extranjera pueda ser reconocida como tal por el derecho argentino aún cuando no se adecue a los requisitos impuestos por éste último (vgr. sociedad de un solo socio).

O sea que se trata de determinar, en el ámbito del derecho internacional privado, en qué casos la aplicación de una ley societaria extranjera se hace “extraterritorial” y puede producir efectos en el país.

Al respecto han coexistido históricamente dos grandes criterios.

Por un lado, el de la aplicación de la ley del lugar del “domicilio” entendido por tal el lugar donde la sociedad tiene su “sede real”

y/o su “establecimiento principal”. Tal es la tendencia tradicional de Europa continental y se base en que la ley que rige a los negocios debe ser la del lugar donde se desarrollan.

Por el otro, existe el criterio de la aplicación de la ley del lugar de “constitución”, entendido por tal el lugar donde la sociedad cumple las formalidades de las cuales deriva su personalidad jurídica. Este principio también se denomina del lugar de “incorporación” (a un registro), es el sostenido por los países anglosajones y parte de la idea de la libertad de elección del derecho aplicable¹.

2. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

En nuestro país, al momento de sancionarse la ley de sociedades 19.550, la doctrina clásica (Halperín, Zaldívar) entendió que a pesar de que el art.118 de ella hacía referencia a la ley del lugar de “constitución”, el régimen argentino se inclinaba por el principio del “domicilio” ya que ello resultaba de los principios del código civil en materia de derecho internacional privado (arts.1207 y 1209), de las normas concursales sobre atribución de competencia (arts.2 y 3 LC.) y de las propias reglas societarias en materia de obligatoria inscripción en la jurisdicción del domicilio (art.5°) y de consideración “como sociedad local” de la sociedad constituida en el extranjero pero que tuviera su sede o su principal objeto destinado a cumplirse en la República (art.124)².

Similar solución resultaba de los Tratados de Montevideo de 1890 y de 1940 que hacían referencia al “domicilio comercial”.

Posteriormente, por influencia de los principios anglosajones que acompañaron a la globalización económica, la doctrina moderna varió su postura y se fue inclinando por una interpretación literal del art.118 consagratoria de la aplicación de la ley del lugar de la “constitución”.

También ello se apoyó en que nuestro país ratificó la CIDIP II,

¹ Ver Favier Dubois (h) “La ley aplicable a las sociedades”, Rev.de D.Societario y Concursal, Errepar, Bs.As., diciembre 03, nro.193, t.XV, pag.1237.

² Zaldívar, Enrique “Régimen de las empresas extranjeras en la República Argentina”, Bs.As., 1972, pag.17.

hoy vigente, y la Convención de La Haya, ratificada por ley 24.409 pero que aún no rige, que consagran el principio de la “constitución”.

Sin embargo, puede entenderse que en nuestro país sigue rigiendo el principio del “domicilio” en tanto ninguno de los textos legales que fundaron la doctrina clásica ha variado.

A su vez, los nuevos Tratados, en ambos casos, consagran excepciones a la ley de “constitución” fundadas en la “sede real” y en el “orden público interno”.

Más allá de los aspectos opinables y controvertidos del tema a la luz de las normas vigentes, entendemos que hay un punto fundamental: si es o no válido admitir la libertad de los sujetos para elegir la ley societaria que más les convenga con la posibilidad de actuar en el país que prefieran.

De darse una respuesta afirmativa el régimen societario argentino sería superfluo. Es que si una sociedad constituida en el extranjero pudiera operar exclusiva o principalmente en el país sin adecuarse a la ley argentina ésta pasaría a ser una ley meramente “disponible”, sin ningún contenido obligacional ya que podría ser fácilmente eludida.

Tal es la concepción de quienes ven a la sociedad como un mejor mecanismo de reducción del costo de las transacciones en el único interés de sus socios.

En cambio, si consideramos que el régimen societario constituye un sistema de reparto de derechos, deberes, resultados y responsabilidades en torno de la empresa, y que éste régimen tiene por objeto la tutela de los socios y de los terceros (acreedores sociales, individuales y causahabientes), como así de la continuación de la empresa socialmente útil, llegaremos a la conclusión de que se trata de una normativa indisponible, de orden público y que no puede ser soslayada, como es nuestra posición³.

De todos modos, y más allá de nuestra opinión personal, cabe destacar que no existe coincidencia doctrinaria respecto de si el régimen argentino es de la ley de “constitución” o del “domicilio”, prevaleciendo la opinión de que se trata de un régimen basado en la “cons-

³ Ver Favier Dubois (h), Eduardo M. “La afirmación del orden público societario como respuesta al globalismo en la Argentina del siglo XXI” en “VIII Congreso Argentino de D.Societario”, Rosario, 2001, Ed.U.N.R., t.I, pag.195.

titución” pero con las excepciones del “domicilio” del art.124 L.S.⁴

3. LAS SOCIEDADES “OFF SHORE” FRENTE A LA LEY 19.550

La sociedad off shore puede definirse como aquella que se constituye bajo las leyes de determinado país para actuar principalmente fuera de ese país.

Vale decir que se trata de una sociedad donde, por definición, el lugar de “constitución”, o sea donde cumple las formalidades legales para obtener su personería jurídica, está escindido del lugar del “domicilio”, en el sentido de lugar donde tiene su sede efectiva (toma de decisiones, celebración de contratos) y/o su principal establecimiento (procesos de producción y/o comercialización).

Dichas sociedades se constituyen en los denominados “paraísos societarios”, o sea lugares en los cuales los trámites de constitución son muy sencillos, hay anonimato y garantías de estabilidad jurídica. Normalmente esos países también implican paraísos “fiscales”, por la nula o baja tributación (de iure o de facto), y paraísos “bancarios”, sea por la facilidad y secreto de los depósitos, transferencias y demás operaciones financieras, o por los menores requisitos para fundar bancos.

Presentan, en general, ventajas derivadas de la unipersonalidad, acciones al portador, capital en moneda extranjera, administración flexible, contabilidad rudimentaria, escasa publicidad registral y baja tributación societaria⁵.

¿Cuál es la situación de las sociedades off shore frente al derecho argentino.

En principio su sola actuación en el país no implica violación del art.124 L.S. en tanto pueden estar también desarrollando actividades fuera del territorio nacional, con lo cual no tendrían aquí ni la “sede” ni el “principal objeto”⁶

Tal es el caso de sociedades que constituyen verdaderos ve-

⁴ Nissen, Ricardo “Ley de sociedades comerciales”, Bs.As., 1994, Ed.Abaco. t.2, pag.335.

⁵ Véase. en el Mercosur, el caso de la “Sociedad anónima financiera y de inversión” del Uruguay, regida por la ley 11.073 del 24-6-48,

⁶ Ver el trabajo de uno de los autos en “Sociedad off shore uruguaya con sede o principal objeto en la Argentina. Consecuencias”, Favier Dubois (h), Eduardo M., en “Sociedades y concursos en el Mercosur”, Bs.As., 1996, Ed. Ad Hoc, t...pag.293 y sstes..

hículos para canalizar inversiones provenientes del extranjero.

En cambio, si las decisiones relativas a la administración de la sociedad off shore son tomadas por residentes en el país (“sede”) y/o tal sociedad tiene sus únicos activos o actividades en el república (“objeto principal”), no cabe dudar que resultará de aplicación el art.124 L.S. debiendo considerarse a la sociedad inexistente, irregular, nula y/o anulable según cuál haya sido su régimen (unipersonal, no inscripta, atípica o carente de requisitos esenciales no tipificantes)⁷.

4. EL EFECTO MULTIPLICADOR DE LA VIOLACIÓN DE LA LEY APLICABLE

Pero tal falsificación del punto de conexión lleva a la evasión de todo el sistema argentino de tipicidad, regularidad, publicidad, nominatividad, responsabilidad y contabilidad. ideado para la tutela de los socios minoritarios, terceros, empresa, trabajadores y comunidad.

Como consecuencia de ello, las posibilidades de violar la ley por medio del uso de las sociedades off shore se multiplican y expanden a la casi totalidad de la actividad económica.

En efecto, adviértase que estas sociedades son utilizadas en actividades de:

- a) Lavado de dinero, para encubrir el origen ilícito de los fondos, materia hoy agravada por el auge del terrorismo.
- b) Evasión fiscal, para no tributar los impuestos a las ganancias o al patrimonio. Dicho uso es frecuente tanto en empresas multinacionales, mediante los “precios de transferencia” que procuran trasladar la ganancia imponible a un paraíso fiscal, como en residentes que ocultan su patrimonio local o exterior.
- c) Insolvencia personal ficta frente a familiares o acreedores
- d) Interposición ficta de terceros en negocios propios en los que

⁷ Véase que en el caso “Great Brands” la resolución de primera instancia, luego revocada y el concurso desistido, rechazo la apertura de un concurso preventivo solicitada por una sociedad de las islas Caiman que había sido “preconstituída” para vender, era inicialmente “unipersonal”, y su único objeto consistía en ser titular del paquete accionario de una sociedad local por entender que no existía sujeto concursable: Rev.de D.Societaria y concursal, Errepar, Bs.As., t.XV, pag.349.

está vedada la actuación personal por inhabilitaciones o incompatibilidades.

- e) Fraude contable, mediante el mecanismo de crear ganancias ficticias por operaciones con sociedades off shore no incluidas como controladas en el balance consolidado (caso Enron).

5. CONSECUENCIAS NOCIVAS DE SU USO INDEBIDO

El uso indebido de sociedades off shore produce, a nuestro juicio, las siguientes consecuencias nocivas:

- a) JURÍDICAS: Los quebrantamientos legales que ya fueron mencionados: en primer lugar la falsificación del punto de conexión de la ley societaria y, por medio de las off shore, se evade todo el régimen societario. A ello, como consecuencia del efecto multiplicador, se suman las posibilidades de violaciones legales generales en materia de lavado de dinero, tributación, derecho de familia, derechos de los acreedores, restricciones legales y contabilidad.
- b) MORALES: El instrumento empleado, al implicar un engaño a la contraparte y a terceros, afecta además a la moral.
- c) POLÍTICAS: El anonimato posibilita tanto el quebrantamiento de incompatibilidades de funcionarios públicos, como el pago de actos de corrupción (caso IBM) y el ocultamiento de bienes mal adquiridos.
- d) ECONOMICAS: La Economía es una ciencia fundada en las expectativas. La señalada violación de normas jurídicas lleva a la falta de previsibilidad de las conductas de los agentes económicos. De tal suerte, y en los términos de las enseñanzas de la ciencia económica, la violación de la ley que implica el uso indebido de las off shore desalienta a las inversiones por falta de un marco jurídico predecible. Por otro lado, las off shore son instrumentos para la violación de los derechos de propiedad sobre los que se asienta la seguridad de los inversores.

6. LA NECESIDAD DE MECANISMOS FEDERALES PREVENTIVOS DE NEUTRALIZACIÓN

El uso indebido de las sociedades off shore puede —en teoría— ser corregido ex post facto mediante el ejercicio de acciones judiciales, principalmente de desestimación de la personalidad jurídica (art.54 ley 19.550) y/o de simulación (art.955 del código civil)⁸.

Sin embargo, tales acciones no son de fácil ni frecuente ejercicio ante la falta de información y pruebas suficientes en tiempo útil. Además, generalmente llegan tarde frente a la insolvencia de los demandados o la configuración de daños irreparables.

Por tales motivos, y por las graves consecuencias que acarrea el uso indebido de las sociedades off shore, resulta aconsejable acudir a mecanismos preventivos de neutralización del obrar indebido de las sociedades off shore.

En dicho ámbito deben mencionarse, como valiosos instrumentos registrales de prevención, las Resoluciones 7/03 y 8/03 de la Inspección General de Justicia de la Nación.

Así, por la resolución 7/03 se estableció un mecanismo de acreditación de actividades principales fuera del país como presupuesto para la inscripción de sociedades constituidas en el extranjero y para el mantenimiento de la condición de sociedad extranjera inscrita⁹.

Por su lado, la resolución 8/03 creó un registro de actos aislados de sociedades extranjeras, con la colaboración del registro de la propiedad inmueble, y un mecanismo para investigar si se violan las normas de los arts.118, tercer párrafo y 124 de la ley 19.550¹⁰.

En ambos casos se permite que la violación legal sea subsanada mediante escritura de regularización (resol.12/03)¹¹, bajo apercibi-

⁸ Así lo entendió el fallo de segunda instancia en el caso "Great Brands", C.N.Com., Sala C, 27-12-02, Rev.Doc.Societaria y Concursal, Errepar, Bs.As., t.XV, pag.353 con comentario de Ricardo Nissen "Las sociedades extranjeras constituidas en fraude a la ley".

⁹ García, Oscar "Sociedades en fraude a la ley argentina. Una aproximación al estudio de la RG (IGJ)7/2003", Rev.Doc.Soc.y Concursal, Errepar, Bs.As., nov.03, t.XV, pag.1116.

¹⁰ Vitolo, Daniel "La RG (IGJ) 8/2003 y los actos aislados cumplidos en el país por una sociedad constituida en el extranjero", en Rev.Doc.Soc. y Concursal, Errepar, Bs.As., diciembre 03, t.XV, nro.193, pag.1248.

¹¹ Ver Benseñor, Norberto "Adecuación de sociedades extranjeras", en Rev.Doc.Soc.y Concursal, Errepar, Bs.As., febrero 04, t.XVI, nro.195, pag.119.

miento de demandar judicialmente la disolución y/o liquidación de la sociedad o de los bienes.

Pero, además, entendemos que la prevención debe hacerse por igual en todo el país de modo de que no pueda ser fácilmente eludida como ocurre en el presente.

A esos fines somos de opinión que, bajo una sana interpretación de las normas constitucionales en juego (art.75 incs. 13 y 18 y art.116), toda la materia de extranjería, incluidos el control y registración de sociedades extranjeras, debe ser considerada “federal”, o sea, sujeta a reglamentación y control por las autoridades del Gobierno Nacional.

Es que si pensamos que, en rigor, toda la materia registral societaria es federal¹², por su conexión con el comercio interjurisdiccional, con mayor razón lo es la registración de las sociedades extranjeras.

6. CONCLUSIONES

Toda vez que el uso indebido de las sociedades off shore no solo viola la ley y la moral sino también perjudica a la política y a la economía, deben establecerse mecanismos preventivos de neutralización.

A esos fines corresponde señalar como útiles instrumentos las resoluciones 7/03 y 8/03 de la Inspección General de Justicia de la Nación, a las que debe darse alcance federal.

¹² Ver Favier Dubois (h), Eduardo M. “El registro público de comercio y las inscripciones societarias”, Bs.As., 1998, Ed. Ad Hoc., pag.55. Ver también el fallo de la Corte Suprema “Hidroeléctrica El Chocon c/Prov.de Bs.As.”, 1-7-97, H 148 XXIX.