

FORMAS JURIDICAS EN EL DERECHO URUGUAYO PARA EL INVERSOR *OFF SHORE*

Jennifer Alfaro y Rosa Poziomek

Ponencia

Esta ponencia tiene como objetivo brindar un panorama actual de las formas jurídicas de naturaleza comercial en el Uruguay, a través de las cuales, se puede canalizar la inversión en el extranjero.

Se analiza la realidad jurídica y el marco legal anterior a la ley 18.083 (Ley de Reforma Tributaria), para luego realizar una breve descripción de las normas contenidas en la misma.

Se destaca que esta norma, entre otros puntos, impide la iniciación de trámites de aprobación de estatutos así como la constitución de S.A.F.I.s, disponiendo preceptivamente, a partir del 1° de enero de 2011, la adecuación de las existentes al régimen general de tributación, que determine el Poder Ejecutivo. Por otra parte regula aspectos relativos a sociedades con objeto inversión en el exterior.

1. Introducción

Esta ponencia tiene como objetivo brindar un panorama actual de las formas jurídicas de naturaleza comercial, existentes en el Uruguay, a través de las cuales se puede canalizar la inversión en el extranjero.

A los efectos de abordar adecuadamente el tema resulta esencial analizar la realidad jurídica y el marco legal anterior a la ley 18.083 (Ley de Reforma Tributaria), para luego realizar una breve descripción de las normas contenidas en la misma.

Destacamos que esta norma, entre otros puntos, impide la iniciación de trámites de aprobación de estatutos así como la constitución de sociedades anónimas con el objeto previsto en la ley

11.073, disponiendo preceptivamente, a partir del 1º de enero de 2011, la adecuación de las existentes al régimen general de tributación, que determine el Poder Ejecutivo. Por otra parte establece algunas modificaciones a la ley 16.060 ⁽¹⁾ en relación a sociedades comerciales cuyo estatuto prevea como objeto principal la inversión en activos radicados en el exterior y aquellas en las que la totalidad de sus activos se encuentren radicados fuera del territorio nacional.

2. Panorama anterior a la Ley de Reforma Tributaria (ley 18.083)

2.1. Concepto de inversión

Cuando nos referimos a inversión bien podemos enfocarlo hacia el financiamiento de una actividad generadora del lucro o a la titularidad de derechos sobre activos, y dentro de este último diferenciar la inversión en participaciones de otra sociedad comercial. En el primer grupo la inversión tiene como objetivo la obtención de un beneficio asociado a las ganancias de la actividad (capital de riesgo) y en el segundo el beneficio puede estar dado por el aumento de valor del activo y/o los frutos del mismo ⁽²⁾.

Del análisis del ordenamiento jurídico uruguayo resultan algunas leyes que definen la inversión.

La ley de inversiones ⁽³⁾ la define como “la adquisición de los siguientes bienes destinados a integrar el activo fijo o el activo

(1) Del 4 de setiembre de 1989.

(2) En este sentido podemos citar como referencia (en tanto no vincula a Uruguay) el Convenio de inversiones entre Argentina y Canadá de acuerdo al cual “El término ‘inversión’ designa todo activo invertido directa o indirectamente” que “... incluye, aunque no exclusivamente, cinco grupos de derechos específicos, incluidos los derechos de propiedad tradicionales, los derechos en sociedades, títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor financiero (préstamos directamente relacionados con una inversión específica), derechos de propiedad intelectual, y concesiones y derechos similares (art. I (a)).” Fuente: http://www.alca-ftaa.org/Wgroups/WGIN/Spanish/acas_1.asp.

(3) Ley 16.906 del 7 de enero de 1998.

intangibles: A) Bienes muebles destinados directamente al ciclo productivo. B) Equipos para el procesamiento electrónico de datos. C) Mejoras fijas afectadas a las actividades industriales y agropecuarias. D) Bienes inmateriales tales como marcas, patentes, modelos industriales, privilegios, derechos de autor, valores llave, nombres comerciales y concesiones otorgadas para la prospección, cultivos, extracción o explotación de recursos naturales. E) Otros bienes, procedimientos, invenciones o creaciones que incorporen innovación tecnológica y supongan transferencia de tecnología, a criterio del Poder Ejecutivo”.

Se trata de un concepto restringido, que excluye inversiones en algunos activos como los inmuebles y las participaciones en sociedades, restricción que obedece a un direccionamiento de las exoneraciones impositivas que establece.

Por su parte, encontramos una serie de Acuerdos Internacionales de fomento de la inversión, de los cuales solo citaremos algunos, en los que el concepto está definido con mayor amplitud.

En tal sentido, el Acuerdo entre Uruguay e Israel para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones en su art. 1º numeral 1⁽⁴⁾ define como inversión “todo tipo de activo invertido de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realiza la inversión, incluyendo, aunque no exclusivamente: a. la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como cualquier otro derecho real, respecto de todo tipo de activos; b. derechos derivados de acciones, bonos y otros tipos de participación en sociedades; c. derechos a sumas de dinero, valor llave y otros activos y a cualquier prestación que tenga un valor económico...”.

Por su parte el Acuerdo entre Uruguay y Finlandia relativo a la Promoción y Protección de Inversiones, en su art. 1º numeral 1⁽⁵⁾ la define como “bienes de cualquier naturaleza establecidos o adquiridos por el inversor de una Parte Contratante en el territorio de la otra

(4) Acuerdo entre el gobierno de la República Oriental del Uruguay y el gobierno del Estado de Israel para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones y su Protocolo, suscrito en Jerusalén el 30 de marzo de 1998.

(5) Acuerdo entre el gobierno de la República Oriental del Uruguay y el gobierno de la República de Finlandia relativo a la Promoción y Protección de Inversiones, suscrito en Montevideo, el 21 de marzo del año 2002.

Parte Contratante, de acuerdo con las leyes y normas de esta última Parte Contratante incluyendo, en particular, aunque no en forma exclusiva: (a) bienes muebles e inmuebles o derechos sobre bienes tales como hipotecas, gravámenes, prendas, arriendos, usufructo y derechos similares; (b) acciones, existencias, obligaciones u otras formas de participación en una compañía; (c) títulos o reclamos contra dinero o derechos en actuaciones con valor económico; (d) derechos de propiedad intelectual, tales como patentes, derechos de autor, procedimientos técnicos, marcas registradas, diseño industrial, razones comerciales, tecnología y clientela; y (e) concesiones otorgadas por ley, bajo actos administrativos o contratos por una autoridad competente; incluyendo concesiones para la búsqueda, extracción o explotación de recursos naturales”.

Finalmente, el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Parte del Mercosur⁽⁶⁾ entiende por inversión “todo tipo de activo... Incluirá en particular, aunque no exclusivamente: a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda; b) acciones, cuotas societarias, y cualquier otro tipo de participación en sociedades; c) títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica; d) derechos de propiedad intelectual o inmaterial incluyendo en especial, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y valor llave; e) concesiones económicas conferidas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales”.

Surge claramente en los citados acuerdos internacionales, definiciones amplias y no taxativas del término inversión.

Como se expuso precedentemente, la Ley de Inversiones (16.906) excluye de la definición, la inversión en participaciones de una sociedad comercial, extremo que está contemplado por las restantes reglamentaciones.

(6) Suscrito en Buenos Aires, Argentina, el 5 de agosto de 1994.

Si la inversora es una sociedad comercial estaremos ante una sociedad financiera.

De acuerdo a la doctrina, las sociedades financieras serían sociedades cuyo único objeto, o el principal, es la adquisición de títulos emitidos por otras sociedades, por lo que su activo estaría constituido en su mayor parte por valores mobiliarios. Se destaca la posibilidad que la participación de una sociedad en otra pueda tener diferentes finalidades: de control, de inversión, o de financiamiento ⁽⁷⁾.

2.2. Formas jurídicas para canalizar la inversión en el extranjero

Corresponde comenzar diciendo que todo el elenco de sociedades comerciales es idóneo para canalizar la inversión en el extranjero. Claro está que la limitación de responsabilidad -factor clave en la práctica- que solo rige para los tipos Sociedad de Responsabilidad Limitada y Sociedad Anónima, reducen las opciones. Asimismo los límites máximos de capital social admitidos para las primeras (hoy derogados), favorecían el uso de las sociedades anónimas para grandes emprendimientos. Todo ello sumado a la posibilidad de representar las participaciones sociales en títulos negociables al portador (acciones).

Ya ingresando en el tipo social sociedad anónima, hasta la sanción de la ley 18.083, encontrábamos a la sociedad anónima del régimen general y a las Sociedades Anónimas Financieras de Inversión (en adelante SAFIs), regidas desde el año 1948 por la ley 11.073. Dichas sociedades eran una modalidad de sociedad anónima, que se regulaban por normas legales y reglamentarias especiales, y en lo no previsto expresamente, por las normas de las sociedades comerciales y en particular de las sociedades anónimas comunes (art. 516 inc. 1 de la ley 16.060 de sociedades comerciales).

Al momento de la sanción de la ley 11.073, sus impulsores veían positivo idear un instrumento jurídico que permitiera satisfacer la creciente demanda de seguridad de los inversores atraídos a nuestro

(7) Citado por Olivera García, Ricardo, "Las sociedades financieras de inversión en el derecho uruguayo" en Estudios de Derecho Societario, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 749.

medio por la estabilidad institucional de la época, sin distorsionar la plaza local.

La característica fundamental de las SAFIs está dada por tener como actividad principal la realización en forma directa o indirecta, por cuenta propia o de terceros, o para terceros, de inversiones en el extranjero en títulos, bonos, acciones, cédulas, debentures, letras, bienes muebles o inmuebles, pudiendo también realizar actividad comercial en el exterior, por cuenta propia o de terceros o para terceros.

Por tanto la Ley no exige que estas sociedades realicen exclusivamente inversiones en el exterior, sino solo que ésta sea la principal. En tal sentido señala Rippe ⁽⁸⁾: *“La conceptualización legal de SAFIs, se integra asimismo con una referencia al lugar genérico, y a la vez específico, en el que tiene lugar, principal y efectivamente, la realización de su objeto o actividad... particularmente en el exterior del país...”*.

Además de las previsiones generales relativas al objeto de las SAFIs, el art. 7° de la ley 11.073 dispone un régimen tributario especial para aquellas que presenten una determinada composición de sus activos, amparándolas con una amplia exoneración de los tributos que gravan corrientemente a las sociedades anónimas comunes, pagando en su lugar un impuesto del 3 por mil sobre el patrimonio neto de la sociedad al cierre del ejercicio ⁽⁹⁾.

La ley autorizaba ⁽¹⁰⁾ a las SAFIs a consolidar su aporte fiscal, abonando el impuesto por un plazo de hasta 15 años, y de esa forma, la sociedad quedaba exceptuada de las modificaciones en el régimen fiscal que pudieran sobrevenir durante el lapso que abarcaba la consolidación.

La Ley de Sociedades Comerciales introdujo el concepto de sociedades de inversión. De acuerdo con el art. 47: “Ninguna sociedad, excepto las de inversión, podrá participar en el capital de otra o de otras sociedades por un monto superior a sus reservas disponibles y a la mitad de su capital y reservas legales.” Solamente las llamadas “sociedades de inversión” se encontraban excluidas de la prohibición legal.

(8) Rippe, Siegbert, “Sociedades anónimas financieras de inversión”, FCU, p. 7.

(9) Impuesto Sustitutivo del de Herencias, Legados y Donaciones.

(10) Véase panorama vigente (numeral 3).

Surge por tanto, que la inversión realizada por una sociedad comercial uruguaya en otra sociedad comercial, se ve limitada cuantitativamente por el art. 47. A su vez, tal como señala Rippe⁽¹¹⁾, la exclusión de las limitaciones (topes de inversión) de este artículo no refiere a las SAFIs, entendiendo éstas como las reguladas por la ley 11073, sino a cualquier sociedad de inversión (concepto éste que no contaba con definición legal).

En resumen, sostiene Olivera García⁽¹²⁾ que a partir de la Ley de Sociedades Comerciales, nuestro régimen legal admitía dos modalidades societarias diferentes: las sociedades de inversión que podían adoptar cualquier tipo social y que se caracterizaban por tener por objeto principal la realización de inversiones, en el país o en el exterior; y las sociedades financieras de inversión, organizadas bajo la forma de sociedades anónimas y que debían tener por objeto principal la realización de inversiones en el exterior, rigiéndose por la ley 11.073. Podía concluirse que las sociedades de inversión constituían el género, siendo las financieras de inversión una especie dentro de las mismas⁽¹³⁾.

2.3. Análisis comparativo entre la Sociedad Anónima del régimen general y la Sociedad Anónima Financiera de Inversión (antes de la Ley de Reforma Tributaria)

La Ley de Sociedades Comerciales en su art. 516, luego de dejar subsistente las normas de la ley 11.073 y en forma subsidiaria la normativa de la misma, dispone en su inciso 2 que “Especialmente, las comprendidas en el art. 7º de dicha ley (11.073), no estarán obligadas a expresar su capital y acciones en moneda nacional y seguirán rigiéndose por los arts. 3º y 4º de la ley 2230, de 2 de junio de 1893, en lo que respecta a la suscripción e integración de capital. Tampoco estarán obligadas a formular sus estados contables de acuerdo a las normas de la presente ley”.

(11) Rippe, Siegbert, ob. cit., p. 9.

(12) Olivera García, ob. cit., p. 754.

(13) Olivera García, ob.cit., p. 754.

En lo sustancial, las sociedades financieras de inversión se encontraban sujetas a las mismas disposiciones generales de las sociedades anónimas en cuanto a su constitución y funcionamiento. Sin embargo presentaban dos importantes diferencias: las SAFIs eran las únicas cuyo capital podía ser representado en moneda extranjera y resultaba de aplicación mínimos de integración y suscripción diferentes.

De los arts. 14 y 279 de la ley 16.060 resulta que el capital social de una sociedad anónima debe expresarse en moneda nacional, con la correspondiente repercusión en el valor nominal de las acciones.

En lo que refiere a los mínimos de integración y suscripción de capital, para las sociedades anónimas se exige la integración del 25% del capital social debiendo suscribir lo que reste hasta llegar al 50%. Las SAFIs debían suscribir como mínimo el 20% del capital autorizado expresado en los estatutos e integrar, como mínimo, el 25% del capital suscrito (arts. 2º y 3º de la ley 2.230). En la práctica eso se traducía en un capital integrado del 5% del autorizado.

A su vez cabe destacar que las SAFIs no podían emitir acciones por medio de suscripción pública; cotizarlas en Bolsa en Uruguay; obtener financiamiento recurriendo al ahorro público; participar en sociedades que no fueran SAFIs, entre otras prohibiciones que la alejaban de la posibilidad de ser sociedades anónimas abiertas.

3. Panorama vigente luego de la Ley de Reforma Tributaria (ley 18.083)

Como se señaló en la introducción, a partir de la ley 18.083 no es posible la iniciación de trámites de aprobación de estatutos ni la constitución de sociedades anónimas con el objeto previsto en la ley 11.073. Incluso va más allá, en tanto dispone preceptivamente que a partir del 1º de enero de 2011, las SAFIs existentes deberán proceder a su adecuación al régimen general de tributación que determine el Poder Ejecutivo.

Se agrega sin embargo otra modificación de la normativa societaria relativa a la inversión en el extranjero por parte de sociedades comerciales. El art. 100 de la ley 18.083 modifica la redacción del art. 279 de la Ley de Sociedades Comerciales, disponiendo

que "... Cuando los estatutos sociales dispongan que el objeto principal será invertir en activos radicados en el exterior, la reglamentación podrá autorizar que el capital social se encuentre expresado en moneda extranjera". Corresponde señalar que no contamos con la referida reglamentación que permita desde ya aplicar este artículo. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que la ley habilita la expresión del capital, y por tanto del valor nominal de la participación, en moneda extranjera, con el sólo cumplimiento de un requisito formal como lo es un objeto estatutario principal. No hay lugar a dudas en cuanto a que esta ley no refiere a objeto estatutario exclusivo ni a la actividad desarrollada en la práctica ⁽¹⁴⁾.

El art. 47 de la ley 16.060 ve también variada su redacción. A partir del primero de julio de 2007 el artículo citado dispone que "Ninguna sociedad, excepto las de inversión, podrá participar en el capital de otra o de otras sociedades por un monto superior a su patrimonio social". Es decir que la referencia a "sus reservas disponibles y a la mitad de su capital y reservas legales" como límite de inversión de una sociedad en otra, es sustituida por la referencia al patrimonio social. A su vez, define a las sociedades de inversión como aquellas cuyo objeto principal, previsto en sus estatutos, sea el de participar en otras sociedades.

En cuanto a la contabilidad, la ley 18.083 prevé la posibilidad de que la reglamentación a dictarse excluya de la obligación de ajustar los estados contables a las normas contables adecuadas, a las sociedades comerciales cuyos activos en su totalidad se encuentren radicados en el exterior.

Tal como se adelantó a partir del 1º de enero de 2011, las SAFIs existentes deberán adecuarse al régimen general de tributación que determine el Poder Ejecutivo, a menos que hubieran realizado la consolidación (del art. 7º de la ley 11.073) con anterioridad al primero de abril de 2006.

(14) Modificando la misma norma legal, esta ley deroga los mínimos y máximos de integración y suscripción para el capital de las sociedades de responsabilidad limitada y los mínimos para sociedades anónimas.

4. Conclusiones

- En Uruguay, el análisis de la legislación relativa a formas jurídicas de naturaleza comercial para canalizar la inversión en el extranjero, requiere diferenciar dos etapas: la existente antes y después de la Ley de Reforma Tributaria.

- Con anterioridad a la Ley de Reforma Tributaria vigente a partir del primero de julio de 2007, las opciones estaban dadas por las sociedades comerciales reguladas por la ley 16.060, particularmente las sociedades anónimas, y las SAFIs previstas por la ley 11.073. Las diferencias entre ambas referían a la tributación y contabilidad y a la expresión del capital social en moneda extranjera. Con la Reforma Tributaria se admite, previa reglamentación, la posibilidad de que cualquier sociedad comercial exprese su capital en moneda extranjera siempre que su estatuto prevea como objeto principal la inversión en activos radicados en el exterior. A su vez aquellas en las que la totalidad de sus activos se encuentren radicados fuera del territorio nacional pueden ser excluidas, por la reglamentación, de la obligación de ajustar los estados contables a las normas contables adecuadas.

- En definitiva, en el Uruguay, no existían ni existen limitaciones que impidan a cualquier sociedad comercial desarrollar actividad inversora en el exterior.

- Incluso es posible decir que las sociedades de la ley 11.073 (SAFIs), hoy en retroceso a consecuencia de la nueva normativa, en lugar de contar con un área de actividad exclusiva, compitieron siempre en la inversión fuera del Uruguay con, entre otras, las sociedades anónima del régimen general (ley 16.060).

Bibliografía

- OLIVERA GARCIA, Ricardo, "Las sociedades financieras de inversión en el derecho uruguayo" en *Estudios de Derecho Societario*, Rubinzal-Culzoni Editores.
- RIPPE, Siegbert, En "Sociedades anónimas financieras de inversión", FCU.
- HOLZ, Eva, "Sociedades financieras de inversión. Actuación, control, prohibiciones" en *Derecho Societario en memoria de Ferro Astray*, Julio Cesar Faira Editor.