



COMPETENCIA DE LOS JUECES ARGENTINOS EN UN PEDIDO DE QUIEBRA CONTRA UNA SOCIEDAD “OFF SHORE” URUGUAYA: EL CRITERIO DEL DOMICILIO COMERCIAL “EFECTIVO” EN UN FALLO DE LA CORTE SUPREMA.

POR EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).

1.-EL RECIENTE FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

En los autos “Compania General de Negocios SAIFE s/pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por sentencia de fecha 24-2-09 (C.4633.XLI C.4210 XLI), dejó sin efecto un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, y dispuso la competencia de la justicia argentina para entender en el pedido de quiebra formulado contra una sociedad “off shore” uruguaya con fundamento en que, más allá de su inscripción registral, su “domicilio comercial” se encuentra en nuestro país, lo que satisface la exigencia del Tratado de Montevideo.

En la anterior instancia se había declarado la incompetencia de los tribunales argentinos al considerarse a la sociedad “domiciliada en el exterior” y por ende aplicarle las reglas de la ley de concursos (24.522) en materia de sujetos domiciliados en el exterior (art. 2 inc.2) y de concursos declarados en el extranjero (art.4), y las disposiciones sobre único concursamiento



en el lugar del domicilio comercial del Tratado de Montevideo de 1940 (arts. 40 y 43), sosteniéndose además que no se habían acreditado fehacientemente bienes en el país y que el peticionante no había probado ser un “acreedor local”.

Los recurrentes sostuvieron, invocando el art. 6 de la CIDIP II, que la sociedad artificiosamente había evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado, que por ley no podía ejercer actividades principales en Uruguay (al ser off shore), y que se había acreditado en una causa penal que desarrollaba actividad financiera, en forma clandestina y marginal, en la sede de un banco local, captando fondos y títulos valores de ahorristas.

También invocaron que correspondía aplicar el art. 124 de la ley 19.550 que, ante el fraude a la ley, impone considerar como nacional a una sociedad constituida en el extranjero, y que al no estar inscripta en el país debería considerarse como una “sociedad irregular”.-

La Corte insiste en que hay que aplicar el Tratado de Montevideo, pero entiende que la alusión del mismo al “domicilio comercial” se refiere “al asiento principal de los negocios”, el que debe juzgarse con criterio de realidad y, ante las pruebas aportadas en el expediente sobre las actividades locales en el país, considera que resulta aplicable la ley argentina conforme con el art. 124 de la ley 19.550 y, por ende, que resultan competentes para el pedido de quiebra los tribunales nacionales.

Sin perjuicio de adelantar nuestra adhesión a la solución, el tema permite examinar las discusiones sobre la ley aplicable en materia de sociedades comerciales y su incidencia sobre las denominadas sociedades “off shore”, para luego analizar las soluciones de la ley argentina en materia de sociedades y de concursos.

2.-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.

3.-LA CUESTION EN NUESTRO DERECHO INTERNO.

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.5º) y de consideración “como sociedad local”

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.



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 consagradoria de la aplicación de la ley del lugar de la "constitución".

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

Mas 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 mas 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.

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



Tal es la concepción de quienes ven a la sociedad como un mero 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 mas 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 "constitución" pero con las excepciones del "domicilio" del art.124 L.S.⁴

4.-LAS SOCIEDADES "OFF SHORE" FRENTE A LA LEY DE SOCIEDADES.

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

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.

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



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.

Tradicionalmente se ha considerado que su sola actuación en el país no implicaba 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 vehículos 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.

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 “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, pag.293 y stes..La R.G.2/05 va más allá de ese criterio al entender incompatible la existencia de sucursal con la inexistencia de casa matriz (considerando 12).

⁷ Véase que en el caso “Great Brands” la resolución de primera instancia, luego revocada y el concurso desistido, rechazó 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.



5.-LOS EFECTOS NEGATIVOS 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, y tal como señalan los considerandos de la R.G.2/05, 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 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 incluídas como controladas en el balance consolidado (caso Enron).

6.-CONSECUENCIAS PERNICIOSAS 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) ECONÓMICAS: La Economía en 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.

7.-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, además de acciones penales por fraude.

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 desaparición o insolvencia de los responsables 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 apercibimiento de demandar judicialmente la disolución y/o liquidación de la sociedad o de los bienes.

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.



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.

8.-LAS SOCIEDADES OFF SHORE DE URUGUAY FRENTE AL SISTEMA CONCURSAL ARGENTINO.

El tema debe ser analizado tanto con relación a la fuente interna (ley 24.522) como a la fuente externa que, en el caso, es el Tratado de Montevideo de 1940.

La ley de concursos, respecto de sujetos domiciliados en el extranjero, solo reconoce competencia a los tribunales nacionales respecto de bienes ubicados en el país (art. 2 inc.2), y establece limitadas reglas transfronterizas respecto de los concursos declarados en el extranjero y de los créditos pagaderos en el extranjero (art.4°).

Por su lado, el Tratado de Montevideo, establece el principio de unidad de concursos atribuible al domicilio comercial de la sociedad y, como excepción, el caso de "casa comercial independiente", entendiéndose por tal a la sucursal que económica y financieramente no depende de la matriz.

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.



De tal suerte, aunque la sociedad tenga bienes en el país, si está comprendida en el Tratado de Montevideo no puede decretársele la quiebra prescindiendo de las reglas de éste último.

Frente a tal panorama, la posibilidad de que una sociedad off shore uruguaya pueda ser declarada en Argentina se encuentra condicionada a que se pruebe que se trata de una “casa independiente”, lo que ha dado lugar a jurisprudencia contradictoria.¹³

Por nuestra parte, siempre entendimos que el solo hecho de ser “off shore”, o sea sin actividades principales en su lugar de registro, presume que el establecimiento en el país implica “casa independiente” e, inclusive, que el hecho de no haber matriz “principal” en el extranjero, autoriza a considerar como principal al establecimiento local, lo que en uno u otro caso abre la competencia argentina según el Tratado de Montevideo.

9.-SINTESIS Y CONCLUSIONES.

El fallo de la Corte Suprema considera competente a los jueces argentinos en un pedido de quiebra contra una sociedad off shore de Uruguay por considerar que el “domicilio comercial” al que alude el Tratado de Montevideo se refiere al domicilio “efectivo” o sea al verdadero “asiento principal de los negocios” acreditado en el expediente y resultante de una causa penal, y no al domicilio registrado en el extranjero.-

Además, la Corte adhiere a la interpretación amplia del art. 124 de la ley 19.550 en el sentido de que: a) la “sede” a que dicho artículo se refiere es la “sede efectiva” y no la inscripta; b) el “principal objeto destinado” no depende de una cláusula estatutaria sino la realidad donde se cumple la actividad; c) y la consecuencia de ser “considerada como sociedad local” lo es a todos los efectos y no a los limitados que surgirían de la letra del artículo citado.

¹³ Ver fallos “Belem” y “Belforte Uruguay”.

Libertad 567, 9°. C1012AAK
Capital Federal, Buenos Aires. Argentina.
(+54 11) 4382 0973
recepcion@favierduboisspagnolo.com
www.favierduboisspagnolo.com



FAVIER DUBOIS & SPAGNOLO
Abogados y Consultores

Consideramos que se trata de un paso muy importante en la prevención y juzgamiento efectivo de las actividades indebidas de las sociedades off shore y que debería complementarse por la implementación de un control federal sobre la materia, siguiendo las pautas oportunamente establecidas por la Inspección General de Justicia de la Nación.