

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

## CURSO “TEMAS DE DERECHO DE SOCIETARIO”

Tema: “Las sociedades off shore y su incidencia en el derecho societario y concursal”

Expositor: Dr. Eduardo Favier Dubois (h)

Lugar: Colegio Público de Abogados de la Capital Federal

Fecha: 27 de octubre de 2003

---

Desde ya agradezco muchísimo esta invitación. Agradezco mucho al Dr. Zamenfeld y a todo el equipo del Instituto. Y celebro realmente que se sigan haciendo este tipo de reuniones, y que podamos los abogados de ambos lados del mostrador, discutir temas que vinculan lo que yo llamo la economía, la política y el derecho.

Yo creo que estamos en un punto donde no podemos seguir pensando al derecho como algo neutro, sujeto a sus propios valores, sino que el derecho tiene una función social que cumplir. Y nos encontramos en este contexto frente a una globalización económica, que ha sido definida como subordinación de lo político al mercado mundial. Y en esta subordinación de lo político al mercado mundial, cuál es el rol que se le asigna al derecho.

Y en esto vemos que el rol que se le asigna al derecho es un rol de ser un instrumento del mercado. El derecho debe hacer que el mercado funcione. Y el derecho, sobre todo, debe reducir los costos de transacción. Lo que implica reducir los honorarios, por supuesto.

El derecho debe entonces ser consistente con el mercado. Donde el mercado funciona, no intervenir. Y donde el mercado no funciona intervenir al menor costo posible.

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



FAVIER DUBOIS & SPAGNOLO  
Abogados y Consultores

Esa es la teoría del análisis económico del derecho, que todos conocemos. Que no está en facultad, pero está en el Congreso o en el Ministerio de Economía. Y sobre esto yo creo que vale la pena hacer una reflexión y ver hasta qué punto la aplicación de la teoría de los precios a la realidad social y a la respuesta que el derecho debe dar es suficiente. Porque si aplicamos la teoría de los precios aplicamos la teoría del mercado. Y el mercado implica un precio, un voto. Y la democracia implica un hombre, un voto. Entonces, en este punto parece que habría cierta antinomia entre mercado y democracia.

¿Las decisiones las toma el mercado, o las toma la democracia?. La toma la política, en la medida que refleje la voluntad democrática de los ciudadanos. Aquí está la cuestión.

Y el derecho siempre es un instrumento. Pero es un instrumento que por un lado parte de la ley, pero también tiene una interpretación y tiene un sistema de valores que debe estar acorde. Esta introducción, nos lleva a las Off Shore. Porque el tema de hoy son las Off Shore frente al derecho societario y al derecho concursal. Y la sociedad Off Shore es un fenómeno que vincula lo económico, lo político y lo jurídico.

¿Por qué digo esto?. Porque fíjense que la sociedad Off Shore aparece en su utilización por las multinacionales, íntimamente vinculada a la menor tributación.

La sociedad Off Shore aparece entonces relacionada con un llamado un paraíso fiscal, que son los estados que tienen una baja tributación del impuesto a las ganancias.

Hay paraísos fiscales declarados, como Caimán; y paraísos de facto, como Uruguay, como Paraguay, donde no hay una ley de impuesto a las ganancias benigna, pero de hecho no se aplica. O, hay alguna ley especial como el régimen de las sociedades Off Shore uruguayas, que permite una baja tributación.



Entonces dijimos, todo el tema de la fiscalidad de los recursos, que es un tema de derecho, de política y de economía. Porque si queremos reducir los costos de transacción tenemos que aplicar cada vez menos impuestos.

Pero, si aplicamos menos impuestos nos queda menos para gasto social. Nos queda menos para las actividades que quizás no las podemos manejar por el mercado, por ejemplo la salud, la educación, la justicia, la seguridad.

Entonces, acá hay una disputa que es interesante verla. Entonces, yo vinculo en tema de las sociedades Off Shore a los temas de tributación, presión tributaria, recaudación, recursos para el Estado.

Esto también se relaciona con el esquema impositivo de cada Estado, los problemas impositivos que plantea el Estado argentino, que sabemos que es un esquema de impuestos indirectos.

Una segunda cuestión que se vincula al tema de la Off Shore es la cuestión de la responsabilidad y del riesgo. A través de la Off Shore se logra el anonimato. Se logra la interposición de personas en los negocios. A través de la Off Shore se logra que ciertas personas puedan esconder su patrimonio. Y esto implica también que no respondan por sus obligaciones, sobre la base que esa prenda común frente a los acreedores está escondida, está diluida.

Porque recordemos también que las sociedades Off Shore tienen un régimen de anonimato respecto de la titularidad de las acciones.

Y, dos cuestiones del mundo inmediato vinculado a las Off Shore. Una, el lavado de dinero. Ustedes saben que el tema del lavado de dinero fue una cuestión que se fue manejando de una manera ambigua, por parte del grupo de los siete, de los países desarrollados del mundo. Porque había legislación de lavado de dinero, había legislación muy importante sobre



prevención del lavado de dinero, sobre información pero, de hecho, no se exigía el cumplimiento.

Esto cambia radicalmente con el golpe terrorista del 11 de septiembre. Y ahí entonces se empieza a vincular la cuestión del terrorismo internacional, financiación del terrorismo internacional, lavado de dinero. Y ustedes saben que el lavado de dinero es lo que posibilita que las actividades ilícitas en gran escala, como el narcotráfico, el contrabando de armas, etc, continúen. Porque si usted tiene un millón de dólares y no tiene donde gastarlo, y tiene que estar en el medio del campo, en un casilla bajo tiene, para qué quiere el dinero. Pero, si usted ese millón de dólares lo puede gastar, lo sigue empleando y entonces va consiguiendo otro millón es muy distinto.

Y el cuarto punto de conexión, derecho, economía y política con las Off Shore también es reciente. Y es relativo a los grandes fraudes contables de empresas que cotizan en bolsa. Porque si ustedes se fijan en el fraude contable de Enrom es un fraude que viene por una perversión del capitalismo. El capitalismo necesita ganancias rápidas, hay una tremenda presión por ganancias rápidas. Entonces, los gerentes están presionados por todos los medios para producir ganancias rápidas al fin del ejercicio. Y esta necesidad de mostrar rápidas ganancias para crear valor para el accionista lleva, por un lado, a que se pase de actividades productivas a largo plazo a actividades financieras a cortísimo plazo, a especulación. El capital se saca de la red comercial productiva y se va a la red de especulación.

Y en segundo lugar hace que los gerentes tengan que fabricar ganancias. Y para fabricar ganancias a veces cruzan el río Jordán y fabrican ganancias u ocultan pérdidas. ¿A través de qué instrumento?. La Off Shore. Porque la Off Shore no figura en el cuadro del grupo controlante en el cual Enrom tiene acciones de estas sociedades con las que hizo esos negocios de venta y alquiler, que le produjeron ganancias ficticias para inflar el balance.



Las Off Shore están en manos de terceros testaferros, con cadenas de anonimato, etc., etc. Entonces, vemos que la Off Shore es un problema a nivel impositivo. En lo criollo, a nivel impositivo por el lado del impuesto al patrimonio. Porque todo lo que yo tenga en el mundo tengo de declararlo en el impuesto al patrimonio. Pero, si tengo fondos, dinero o capital en una Off Shore y no lo declaro nadie se entera. Entonces, perjudica al impuesto a los patrimonios. Y también, por supuesto, perjudica a la tributación de ganancias de negocios, tales como las exportadoras, que venden su producción a una Off Shore con un mínimo de ganancia, y la off shore es la que produce la ganancia vendiéndola al importador extranjero. Produce ganancia en un país de bajísima tributación. Evasión fiscal dijimos, ocultamiento, elusión de la responsabilidad fiscal, lavado de dinero y fraude contable. Sin embargo, toda resolución que toque el sacrosanto tema de las off shore produce mucho resquemor. Y me parece perfecto que lo produzca. Y produce debate. Y me parece perfecto que lo produzca. Lo que precisamos es debate. Lo que nosotros no tenemos que tener son decisiones autoritarias que se cumplan y nada más. Hay que tener debate en todo. Creo que un momento de debate, y creo que es muy positivo. Con este encuadre de las off shore en general, digamos que la off shore plantea un problema de aplicación de la ley a una sociedad extranjera. O sea, es lo que se llama la extraterritorialidad de la ley. Cuando una off shore viene a la Argentina a actuar y la off shore es una sociedad constituida en el extranjero, plantea el debate de si le vamos a aplicar la ley argentina para ver si es sociedad. O si para ver si es sociedad le vamos a aplicar la ley del lugar de constitución o de otro lugar.



Entonces, la ley aplicable a una sociedad es un tema de derecho internacional privado que reconoce dos grandes teorías. La teoría europea continental, que dice que la ley aplicable a una sociedad es la ley del lugar de su sede efectiva, domicilio y/o establecimiento principal. Ahí donde está funcionando efectivamente, esa debe ser la ley societaria que se le aplique. Y, la ley anglosajona que establece que hay una libertad para elegir la ley aplicable. Entonces, bastará con que los socios decidan incorporar la sociedad, inscribirla bajo una legislación "x" de un "x" país del mundo, para que se juzgue que la sociedad exista y su régimen, etc., etc., por esa ley en cualquier país que actúe.

En el mundo, obviamente, el que está prevaleciendo es el principio anglosajón del derecho de la incorporación, porque es más funcional sobre todo el movimiento de las empresas multinacionales.

¿Y cuál es nuestro concepto de sociedad off shore?. Sociedad off shore se puede conceptualizar como una sociedad que se constituye, que se inscribe, que se incorpora en un país "x", para actuar fuera del "x". Se constituye en un país para actuar fuera de ese país, bajo una legislación especial que solo la autoriza a actuar, por lo menos principalmente, fuera del país.

¿Y cuál es el régimen argentino en materia de sociedades off shore?. El art. 118 dice que la sociedad constituida en un país extranjero se rige, en cuanto a su existencia y forma, por la ley del lugar de constitución. Sin embargo, en el art. 124 la ley argentina dice que cuando la sociedad constituida en el extranjero tenga su sede, o su principal objeto está destinado a cumplirse en la República, será considerada sociedad local a los efectos de las formalidades de registración y de fiscalización.

Con este panorama, la ley argentina adhiere a la teoría de la constitución o adhiere a la teoría del domicilio sede u objeto principal.



La respuesta cambia con los tiempos. Cuando salió la ley de sociedades, en 1972, la interpretación de Halperín, de Saldivar, que fueron sus redactores, fue que en realidad aunque la ley hablaba del lugar de la constitución, se estaba refiriendo al lugar del domicilio. Porque la ley entendía que la constitución debía hacerse en el lugar del domicilio, como manda el art. 5. Porque el Código Civil hace referencia a la invalidez de los convenios hechos fuera del territorio para regir en la Argentina, bajo las leyes argentinas.

Porque el art. 124 decía que aunque la sociedad esté constituida en el extranjero y tenía su sede en el país, o su principal objeto a cumplirse en ella, se iba a sujetar a las formalidades de la ley argentina. Porque la ley de quiebras, en su versión 19551 y 24522, habla de la posibilidad de quiebra del deudor domiciliado en el extranjero, no constituido en el extranjero.

Sobre esta base Halperín decía que la ley argentina había adoptado el sistema del domicilio, no el lugar de constitución.

Estas enseñanzas de Halperín y Saldivar fueron modificadas, porque cambió el pensamiento general y jurídico, y la ley se empezó a leer más literal.

También se modificó internacionalmente, porque en aquellos momentos regían los tratados de Montevideo, que hablaban del domicilio de la sociedad. Y luego se ratifica la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre Sociedades, la CIDIP 2, donde se habla del lugar de constitución.

Si bien esta convención hace un reserva respecto de la sede real y respecto del orden público interno .

Pero con estas bases, la doctrina pasó del lugar del domicilio al lugar de constitución. Y de alguna manera se soslayó el art. 124, que reaparece en la escena nacional a través del fallo



“Green Brans”. Y reaparece también a partir de las resoluciones 7 y 8/03 de la Inspección General de Justicia.

El caso “Green Brans” fue un caso de concurso preventivo. Se presenta en el concurso preventivo una sociedad constituida en las Islas Caimán, cuya única actividad objeto consiste en ser titular de acciones de una sociedad argentina, también en concurso. Se presentan en concurso las dos. La controlante, que sería la caimanense, y la controlada.

Y el juez de primera instancia advierte que si el objeto de la sociedad, el único objeto que resulta de sus balances y de toda la información del art. 11, es a cumplirse en la Argentina, estaríamos ante una sociedad del art. 124, en fraude a la ley nacional.

Pero, además advierte que esta sociedad de Caimán es de un solo socio, porque fue constituida por una persona determinada. Pero, además advierte que esta sociedad fue constituida para vender, porque la hizo un abogado en un estudio que se dedica a vender sociedad.

Sobre estos tres extremos, el juez advierte que Green Brans no es concursable.

No es concursable porque dice: primero, es nula por haber sido constituida para vender (cita el viejo precedente de la Inspección de Justicia, caso “Macoa”). Y, además de esto es unipersonal, porque fue constituida en su momento por una sola persona. Y la ley argentina no admite la sociedad unipersonal inicial.

Sobre esta base no hay sujeto concursable. En rigor, el sujeto concursable sería el único socio de la sociedad unipersonal. Pero, este único socio no cumplió con los requisitos del art. 11, con la información, los balances, los antecedentes, con lo cual no lo puedo concursar.

Sobre esta base el juez rechaza la apertura del concurso preventivo.

Pero, claro, rechazar un concurso preventivo, en la lógica tribunalicia, es muy grave. El concurso es una especie de manotazo de ahogado. Alguien levanta la mano para que lo saque, y uno dice no usted no me gusta como tiene la mano, se come las uñas, no lo levanto.



Entonces la Sala C de la Cámara Comercial revoca el fallo, y dice varias cosas interesantes para la doctrina del 124.

Por lo pronto, dice que para que una sociedad esté en el 124 la sede en la República o el principal objeto destinado a cumplirse en la República debe constar así en el estatuto. Si el estatuto de la sociedad caimán no dice que va a tener su sede en la Argentina, ni dice que su principal objeto va a ser para cumplirse en Argentina, no estamos ante el 124. Es el primer razonamiento que hace el fallo.

A este razonamiento se vincula uno más principista. Dice: el art. 124 es un artículo de fraude a la ley. El fraude a la ley no se presume. El fraude a la ley requeriría un juicio de conocimiento, con demanda, contestación, prueba y doble instancia. No una declaración unilateral de un juez concursal ante un pedido de concurso.

Y en tercer lugar, dice: mire, aunque fuera del 124, en definitiva no está inscripta en el país. Si fuera sociedad irregular, la sociedad irregular puede concursarse. Con lo cual, por qué no la deja concursar.

Y, finalmente, el argumento de la unipersonalidad, la Cámara dice que la unipersonalidad no es que esté tan vedada por el derecho argentino. De hecho el art. 94, inc. 8, admite la unipersonalidad sobreviniente, con lo cual la unipersonalidad no sería algo tan esencial a la existencia de un sujeto de derecho diferenciado en la Argentina.

Y finalmente el criterio de facilitar el concursamiento, y que en todo caso si hay alguna trasgresión se podrá ver más adelante.

Tenemos un discusión, que luego recoge la Inspección General de Justicia en la resolución 7 y 8.

La resolución 7 de la Inspección de Justicia, básicamente establece un régimen para sociedades extranjeras nuevas que quieran venir a inscribirse, y para sociedades extranjeras



ya inscriptas por los arts. 118 de representación permanente o 123 de participación en sociedad. A estas sociedades les exige básicamente que acrediten tener fuera del país actividad principal. Para lo cual, les exige ciertos recaudos contables, de información impositiva que hayan dado, etc.

Si la Inspección detecta que no se puede justificar que lo principal esté afuera, presume que lo principal está acá, y entonces no inscribe a la sociedad nueva. Y si es una sociedad vieja, ya inscripta, la Inspección intima a la sociedad para que adecue su estatuto a la ley.

Solo en el caso que no lo adecue en el tiempo que le confiere, la Inspección dice que va a iniciar un juicio para que el juez revoque esa matrícula hecha fraudulentamente, y/o disponga la liquidación de esta sociedad y/o del patrimonio en el país.

Este es básicamente el esquema de la Resolución 7/03, que atiende a la cuestión de la violación del 124 en esfera del Registro de Comercio.

Y luego sale la Resolución 8, en la cual lo que se plantea es redescubrir si cuando una sociedad realiza un acto aislado ante el Registro de la Propiedad Inmueble, determinar si realmente es un acto aislado. Si esta declaración es realmente un acto aislado o es otra cosa. Para lo cual lo que crea es un registro de actos aislados en sede de la Inspección de Justicia. Y le pide al Registro de la Propiedad Inmueble que le mande la información que tiene para poder confrontar si una sociedad invoca que es un acto aislado, o también para ver la envergadura de los actos.

Son dos sistemas preventivos, que han sido criticados. Acá se nos presenta todo un panorama de debate. Porque el debate es realmente si el 124 está bien o mal dentro de la globalización en general. Si el 124 está bien leído por la Inspección en "Green Brans", o está mal leído. Y cuales son las consecuencias de una ubicación dentro del 124



Y también el debate lleva a las cuestiones metajurídicas o metasocietarias. Por ejemplo, en un momento de recesión, donde no hay crédito, no hay capital, ¿es conveniente perseguir a las off shore, que pueden ser instrumento de financiación, entrada de capital, etc.?

En definitiva, la off shore no es una salida frente a la excesiva tasa de tributación que sufren las empresas argentinas, en una economía que no rinde, o frente a una competencia de los que no cumplen los tributos. Y entonces la única forma de preservar patrimonios y de lograr una tasa más baja que permita sobrevivir es la off shore. O la cuestión de la evasión fiscal, lavado de dinero, prevención, etc., es ajena a la Inspección de Justicia, y en todo caso deberá ser controlada por la AFIP y por los organismos que corresponde. La Inspección se está metiendo en camisas de once varas.

O en realidad esta Resolución 7 no tiene ningún sentido porque es muy fácil eludirla trasladando la inscripción a otra provincia, y/o consiguiendo fácilmente representaciones permanentes o inversiones de sociedades de otros paraísos fiscales, que a su vez tienen el mismo régimen de no control contable, etc.

En fin, hay un debate jurídico general sobre el 124. Un debate puntual sobre la Resolución 7, que dice, que no dice, cómo se hace la adecuación, etc. Y, un debate de contexto, si esto es bueno o malo para la economía, bueno o malo para la moral, bueno o malo para el fisco, práctico o impráctico.

Fíjense que el 124, cuando nos dice que la sociedad constituida en el extranjero, que tenga su sede en la República o su principal objeto esté determinado cumplirse en la misma, nos está refiriendo que en el estatuto de la sociedad extranjera figura esto, una cuestión estatutaria. ¿O está refiriendo una cuestión fáctica?. Este es el primer debate.

“Green Brans” en primera instancia dijo es fáctica, de hecho, y lo veo a través de la información que me da voluntariamente por el art. 11.



“Green Brans” Cámara dijo no señor, esto tiene que tener estatuto. Y usted necesita un juicio para probarlo.

Entonces, este es un primer punto, que yo mociono a este debate que lo que se está tendiendo es una situación de hecho, fáctica.

O sea diga lo que diga el objeto, si tiene acá el objeto o si tiene la sede. La sede entendida como que ¿qué es la sede?. La sede, nadie sabe lo que es, pero podríamos pensar como que es el lugar donde están los que toman las decisiones. Y quizás también el lugar donde se celebran los contratos.

Les quiero decir una pequeña acotación al margen. El comercio electrónico modifica todas estas reglas, y va a requerir modificarlas. Por ahora estamos pensando en una actuación de sociedad extranjera física, acá. Pero con el comercio electrónico hay que ver como se replantea todo.

La segunda parte del artículo, que dice: será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento.

Bueno, ¿es sociedad local o no es?, o es con efecto limitado a la registración y a la fiscalización. Acá hay otro debate.

Muchos dicen mire, la ley dice que no es sociedad argentina. Dice que es sociedad argentina al solo efecto de la formalidad de constitución. Con lo cual esta sociedad podría adecuar su estatuto a la ley argentina y ya cumplió. Pero sigue siendo una sociedad regida por la ley uruguaya o por la ley de Caimán.

Otros dirán no señor, porque esta norma en realidad constituye la excepción de fraude para la aplicación del derecho extranjero. El derecho extranjero tiene dos excepciones según el derecho internacional privado, fraude u orden público interno.



Esto sería la excepción de fraude. Yo estoy, de alguna manera, falseando el punto de conexión. Porque yo me constituyo afuera. La ley argentina presume que al constituirme afuera tengo que tener mi domicilio afuera, o tengo que tener mi sede o principal objeto en el país. Los tengo, entonces estoy falseando este punto de conexión. Acá hay fraude.

Y esto sale del Código Civil, de principios generales, más allá de la redacción feliz o infeliz de este artículo.

Y respecto de esto, la cuestión principal. ¿Por qué no puede alguien elegir la ley a aplicar?. Si el régimen es de libertad. Si estamos en libertad de comercio. Si estamos en la libertad individual. Si estamos en la libertad de la revolución francesa.

¿A quien perjudica que yo elija la ley de Caimán para actuar en la Argentina, si no hay perjuicio en el fraude?. Esta es una de las posiciones de debate.

Entonces se dice, si usted puede actuar en la Argentina y sólo en la Argentina eligiendo cualquier ley del mundo, entonces derogamos el derecho societario argentino. ¿Para qué lo queremos?. Para los que no pudieron ir a comprar la sociedad off shore.

Acá se plantea el fondo, el derecho societario argentino, el régimen de tipicidad, el régimen de regularidad, el régimen de nulidad, de tutela de socios y el régimen de tutela de terceros del derecho societario argentino.

El derecho societario es un sistema de distribución de responsabilidades, de ganancias, de riesgos en torno a la empresa. El sistema societario dice como se distribuyen las ganancias, las pérdidas, los riesgos, las responsabilidades.

¿Esto no importa?. ¿Cualquiera lo puede hacer?. Esta es la discusión. Y en realidad la discusión se remonte al tema de quien protege al tercero o al cocontratante. Si lo tiene que proteger la ley, o debe protegerse cada uno en la contratación individual.



Los sistemas más liberales, más capitalistas dicen mire cada uno se protege, se fija, contrate o no contrate asume su propio riesgo. El sistema más proteccionista dice mire a veces el cada uno no está en posición de elegir ni de negociar, ni de conocer. El consumidor que sufrió un problema, cómo va a estudiar. El trabajador, que le dieron trabajo, fue adonde le dieron el trabajo. El pequeño comerciante frente al grande, qué poder tiene para decir que sí o que no. Este sistema de evaluación parece más bien para los que dan créditos profesionalmente, pero el resto del sistema quizás no sea tan así.

Estos son los temas que están discutidos. Yo participo de la posición que el derecho societario argentino fijó un política de tutela de socios y tutela de terceros, a través de la norma de tipicidad, nulidad, regularidad. Y que si nosotros admitimos que cualquier sujeto elija el país que le guste como ley y venga a actuar sólo acá, nos desvirtúa totalmente el régimen. No tienen ningún sentido.

Lo que estamos admitiendo la vigencia extraterritorial de una ley es que la actividad secundaria sea en el país. La actividad secundaria sí se va a regir por la ley de allá, y secundariamente tendrá que cumplir con las normas de funcionamiento acá pero no de estructura.

Pero si la actividad principal es acá, pareciera que debemos privilegiar las normas argentinas. Luego viene una discusión vinculada a qué pasa con una sociedad que es del 124. O sea, está constituida en el exterior para actuar en la Argentina, principal objeto o sede. ¿Qué pasa con esta sociedad?. Es una sociedad nula, es una sociedad atípica. Es nula de nulidad absoluta, es subsanable, tiene un vicio esencial no tipificante, es una sociedad irregular. Es todas estas cosas. Es una sociedad que no puede invocar todos los contratos que celebre. Es una sociedad que no puede demandar en juicio.

Y acá llegamos a una tercera cuestión de activación de las sociedades extranjeras.



La tercera cuestión que nos trae aquí es el fallo “Rolifar”. Este fallo “Rolifar” se trató de una ejecución hipotecaria, en la cual el ejecutante era a su vez cesionario de una sociedad extranjera no inscripta. Se opuso una excepción de inhabilidad de título. Como sabemos, el juicio ejecutivo engloba todo lo que no puede entrar por otro lado. Esta excepción se fundó en que la mutuante no estaba inscripta y ejercía actividad habitual.

Ejercía actividad habitual, no estaba inscripta. En consecuencia, se adhería a la teoría de Nissen sobre que la sociedad que hace ejercicio habitual, pero no está inscripta, no puede ejercer sus derechos hasta que se inscriba. La teoría, llamémosle de inoponibilidad en la legitimación para actuar.

Ustedes saben que las consecuencias de una sociedad que ejerce habitualmente el comercio en el país y no está inscripta, reconocen cinco teorías. La teoría clásica de la jurisprudencia, el caso “Fabre” decía que era una sociedad irregular. Luego la doctrina dijo no señor, en realidad la sociedad es regular porque se rige por la ley del país de constitución, lo que es irregular es la actuación en el país. ¿Con qué consecuencias?. Bueno, responsabilidad ilimitada de los socios que estén en el país. Y si no hay ningún socio, solidaridad del representante. Porque si repasamos el régimen de sociedad irregular, en la sociedad irregular responden los socios, pero además el que contrata en nombre de una sociedad irregular. Por ese contrato que hizo y por las obligaciones que contrajo, también queda él personalmente obligado, porque que el tercero no sabe si es socio o no socio.

Luego tenemos la teoría de inoponibilidad de cláusula, que es la teoría de Manovil. Manovil dice mire, en ningún lado las encontramos escritas a estas teorías. La ley lo único que dice que es que si usted tiene una restricción en su estatuto, y esta restricción no está inscripta en el registro argentino, será inoponible.



Si el representante no podía contratar por más de dos mil y contrató por diez mil, y esto está en el estatuto no inscripto en la Argentina, es inoponible al cocontratante. Nada más que eso. Luego, la teoría de Nissen de la inoponibilidad, no de la cláusula, sino de la legitimación. Que dice usted no puede actuar, porque la ley le dice en el art. 118: "... para el ejercicio habitual debe". Si para debe, si no cumple el débito no hay para, no puede. Esta sería la lógica nisseriana. Y este es el argumento en "Rolifar".

Y luego está la teoría de Benseñor, que diría es un tema de responsabilidad del administrador. Pero responsabilidad no solidaria por deuda, sino por acto en la medida que haya causado perjuicio.

En "Rolifar, creo que la Sala F de la Cámara Civil, con voto de una candidata a la Corte Suprema (quizás esta teoría llega a la Corte) dice: señor, no pude ejercer derechos, le hago lugar a la inhabilidad de título.

Este fallo fue muy fuerte. Primero, porque la teoría de Nissen es una teoría opinable en algún sentido. Luego, porque parecía que el que había prestado plata no la recuperaba. Pero, también se dijo mire señor, el que prestó plata podría inscribirse y recuperarla después.

Claro, en realidad en que había prestado plata era un banco, constituido con un capital de mil dólares.

Porque nosotros tenemos que pensar que hay muchos paraísos. Uno es el paraíso que todos quisiésemos llegar en la otra vida. Pero en esta vida hay varios paraísos también, el paraíso fiscal, el paraíso societario, el paraíso bancario. A veces coinciden, a veces no.

Paraíso fiscal, tributación baja de ganancias. Paraíso societario, gran facilidad para constituir sociedades, sin régimen de formalidad de sociedades, sin controles, sociedades sin capital. Y el paraíso bancario tiene dos tipos de facilidades. Facilidades para constituir un banco, con



ningún control y con muy bajo capital inicial. O facilidades para poner fondos en el banco, con secreto, etc., etc.

A su vez los paraísos bancarios se dividen para personas físicas o para personas jurídicas. No todos tienen todo.

Bueno, este fallo trajo la cuestión. Y yo me preguntaba, si una sociedad, cuyo principal objeto no es actuar en el país sino actuar en el país de origen, pero viene acá en actividad habitual, realiza un acto sin inscribirse y a esa sociedad se le quiere aplicar la teoría de la falta de legitimación, qué habría que aplicarle a una del 124, que la situación es más grave. Este es un tema que habría que pensar.

Por mi parte, yo pienso que tenemos que regirnos por la ley argentina.

Si la sociedad es atípica, es una sociedad nula, como dice la ley. Si la sociedad en realidad es típica, porque es una sociedad off shore uruguaya que responde a un tipo sociedad anónima. Entonces la sociedad tendrá un requisito esencial no tipificante violado, por ejemplo, en muchas cosas.

En cualquiera de los casos, si la sociedad no está inscripta será una sociedad irregular. Entonces acumularían este tipo de cuestiones.

Y viene la discusión, ¿esto es subsanable?. O debe simplemente liquidarse este patrimonio, transferirse este fondo de comercio a una sociedad argentina. Y acá, tanto "Green Brans" Cámara como la Resolución 703, coinciden en que es subsanable en que pueda adecuarse.

La resolución 703 dice la sociedad extranjera del 124 puede adecuarse a la ley argentina. Si no se adecua le pedimos la disolución.

¿Cómo es la adecuación?. Nadie lo sabe. Hay que esperar la 903.,

Pero la adecuación dependerá también de la postura. Si el 124 es a todos los efectos, la adecuación será cumpliendo la ley argentina a todos los efectos. Domicilio en la Argentina,



sede en donde corresponda. O sea, una nueva redacción del estatuto como si fuera una adecuación de la vieja ley a la nueva ley completa. Con regularización también, porque la sociedad no estaba inscripta en un registro nacional. O por lo menos no estaba inscripta como sociedad local.

Esto tiene también sus patas fiscales. Porque hay quien dice señor, si adecuamos vamos a tener que explicar que éramos socios de esta sociedad, y no denunciemos la tenencia en el impuesto a los patrimonios.

Entonces, los escribanos dicen bueno, pero podríamos decir que hoy compramos las acciones, y entonces venimos a adecuar a la ley. Bueno, habría que ver a qué precio compraron las acciones, de dónde salió la plata para comprar las acciones y si este precio tiene correlato con el tema.

También otros proponen que esta resolución 703 y la 803 que llega a lo mismo, sean acompañada por algún tipo de blanqueo.

A este blanqueo se le dice moralidad o inmoralidad ... (Terminó lado A de cassette).

(Comienza lado B de cassette)

**Dr. Favier Dubois:** ... y en esto hay que tener en cuenta varias cosas. Primero, hay un cambio de paradigmas. Hay un cambio de modelos.

Quizás el modelo de las sociedades off shore fueron consistente con el modelo de los años noventa. Y ahora, en típica reacción, por las consecuencias de los noventa -las causas, has un debate, pero las consecuencias son claras- quizás haya otro paradigma, y debamos dar la



oportunidad de nuevas reglas de juego que incluyan que las off shore sólo sea off shores, y no sociedades de argentinos o de residentes encubiertas bajo una off shore.

Esta sería quizás una interpretación posible para un eventual blanqueo.

Bueno, como conclusión, antes del debate y de las preguntas, creo que el régimen argentino es un régimen de domicilio. Que exige para que una sociedad sea extranjera que realmente tenga su domicilio, su sede o su principal actividad fuera del país. Y si no lo tiene se le aplicará el 124, a todos los efectos.

Esta sociedad será nula, anulable o irregular según la situación respecto de la ley argentina.

Comparto que pueda ser subsanable sin necesidad de un traslado internacional de domicilio o de una liquidación. Y creo, sobre todo, que esta orientación tiene un gran poder moral de valores.

La implementación de la 7, de la 8, serán perfectibles, serán eludibles. Es otro tema. Pero creo que la profesión legal debería comprometerse con estas resoluciones. Muy resistidas por la profesión contable y resistidas en parte por la profesión notarial .

Creo que los abogados, más allá de los intereses de sus clientes que por supuesto hay que defender, están defendiendo a la justicia, al derecho, los principios de responsabilidad. En ese punto pienso que son buenas las resoluciones.

Bueno, nada más por ahora. Muchas gracias.

**Dr. Víctor Zamenfeld:** Hay un concepto al que yo no adhiero. Lo dijo el Dr. Favier. Algún autor, desde que se sanciona la ley societaria, lo dice. Y en verdad no sé de dónde lo obtuvo. Porque el art. 124, si ustedes lo leen, no dice sociedad en fraude. Y sería una paradoja que la ley hable de una sociedad en fraude, cuando en el art. 18 de la ley tenemos la sociedad de objeto ilícito, que es una sociedad en fraude que se declara nula, insubsanable. De modo que, a mí me parece que la categoría del 124 es una sociedad, como dice el título del 124, de objeto



principal en el país o de domicilio en el país, pero no de sociedad en fraude. Y a esa sociedad no se le aplica (como lo dijo Fravier) el art. 118.

Se le daría aplicar una normativa que la ley dejó en blanco. Y que es función del administrador establecer, por la vía decretal o aún por la vía de las autoridades de control, si se considera que esa reglamentación ingresa dentro del régimen no federal delegado a cada jurisdicción.

Cada jurisdicción considerará como reglamentar el punto. Lo que, si no produce la admisión de las 24 jurisdicciones, procederá el fenómeno ... Y va a encontrarse con la paradoja que estas sociedades del 124 tienen distinto tratamiento según la jurisdicción.

Ahora entro al pedido de pensamiento del Dr. Favier, más que una pregunta. ¿Advierte usted, o no, que la sociedad del 124 no es una sociedad en fraude, sino una sociedad de otras características, que debería merecer un tratamiento tal vez nunca dado y que permitió a través de la Resolución 7 abrir al debate, pero no con esta visión de fraude?

¿No cree usted que la sociedad en fraude es la del 18. Y la del 124 no es una sociedad en fraude, y por eso mismo merecería otro tratamiento?

**Dr. Favier Dubois:** No viene preparado para confrontar con un maestro como es Zamenfeld, que a pesar de su juventud es un hombre muy sabio.

Yo no haría tanto la cuestión de la palabra fraude o no fraude en este tema.

Te tomo las dos cosas. Empiezo por la más fácil. La posibilidad de elusión de la resolución es una realidad. Pero, en la materia deberíamos repensar la idea de si el Registro Público de Comercio no debería ser federal.

¿Por qué?. Porque es materia interjurisdiccional, comercio interjurisdiccional. Y a esto se agrega la cuestión de extranjería. Cómo una cuestión de extranjería va a ser local. Si cuando la



Constitución se hizo en el 53/60, lo que quiso hacer es garantizar a los extranjeros ciertos derechos. Y entonces dijimos vamos a substraer a los extranjeros de los caudillos locales y de sus jueces. Vamos a traerlos a la competencia federal.

Entonces, siendo la extranjería una materia federal, pareciera que estas cuestiones, por lo menos el Registro Público de Comercio en materia de sociedad extranjera debería ser también federal. Y quizás este movimiento de un ... nacional o de que en alguna provincia "x" empiecen a traer las sociedades, deberíamos ver esta cuestión.

El otro tema es un poco las objeciones de Monovil y de Benseñor. Manovil dice: bueno, la ley lo dice solo a ciertos efectos. En realidad estamos ante un octavo tipo. Una sociedad que no es un tipo argentino, pero tampoco es una sociedad argentina. Es una sociedad mezcla de una sociedad con un estatuto extranjero al que se adecuaría formalmente.

Lo que pasa es que el concepto de fraude es un concepto ya acuñado por el derecho internacional privado, para los casos en el que los puntos de conexión, que es el que determina la aplicación de un derecho u otro, se inventa, se fragua, no corresponde con la realidad, se falsifica. Y desde este punto de vista podemos pensar que este artículo es en fraude.

Lo que dice Buty es que el 124 no tendría que estar. Lo que tendría que estar en el 118 una cláusula diciendo: la sociedad se rige por la ley del lugar de constitución, salvo fraude o violación de orden público interno.

Pero, admito que es un tema que hay que seguirlo construyendo.

**Pregunta:** (No se perciben las palabras)

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

**Dr. Favier Dubois:** En realidad nosotros en la Argentina podríamos tener con las off shore un Enrom al revés. O sea, como las sociedades en su gran mayoría son sociedades cerradas, en realidad los gerentes no quieren fabricar ganancias. Y no quieren ocultar ganancias para llevársela. Entonces estos negocios con las off shore serían inversos. No serían para crear ganancias ficticias, sino para llevarse ganancias hacia los paraísos.

**Dr. Víctor Zamenfeld:** Bueno, nuevamente muchas gracias Dr. Favier.