

CNCom., sala C, 08/04/08, Inspección General de Justicia c. Hartfield Investments Limited.

Sociedad constituida en el extranjero (Nueva Zelanda). Propietaria fiduciaria de acciones en sociedades argentinas y uruguayas. Fideicomiso testamentario. Resolución IGJ 7/05: 188. Incumplimiento. Dispensa. Inexistencia de fraude.

Dictamen de la Fiscal General

1. La Inspección General de Justicia (IGJ) le denegó a Hartfield Investments Limited: ("Hartfield") la dispensa solicitada en relación al cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 188, inc. 3, subincs. a y b, de la resolución IGJ 7/2005, a saber, la acreditación de que Hartfield o su controlante no tienen en su lugar de constitución, registro o incorporación, vedado restringido el desarrollo de todas sus actividades o la principal o principales de ellas y la acreditación de que las citadas sociedades tienen fuera de la República una o más agencias, sucursales o representaciones vigentes y/o activos fijos no corrientes o derechos de explotación sobre bienes de terceros que tengan ese carácter y/o participaciones en otras sociedades no sujetas a oferta pública y/o realiza habitualmente operaciones de inversión en bolsas o mercados de valores previstas en su objeto.

La IGJ expuso que a través de la citada resolución se persigue el correcto encuadramiento de las sociedades extranjeras dentro de las disposiciones de la ley 19550 relativas a la actuación extraterritorial de sociedades. Agregó que la información solicitada tiende a que el organismo de control pueda distinguir entre las sociedades extranjeras genuinas de las que fueron constituidas o funcionan en fraude a la ley argentina.

El organismo afirmó que los requisitos previstos en el art. 188, inc. 3, subincs. a y b, de la resolución IGJ 7/2005 son exigidos a todas las sociedades extranjeras, sin distinción de objeto, actividad o ramo del comercio en el cual operan. Argumentó que aun cuando Hartfield fuera un vehículo de inversión de personas físicas, Hartfield no deja de ser una sociedad extranjera y en virtud de ese carácter debe cumplir con los requisitos previstos para, las sociedades extranjeras que participen en sociedades locales. Agregó que es irrelevante que Hartfield posea la propiedad fiduciaria, en vez de la propiedad plena, de las participaciones sociales en sociedades locales. Destacó que la estructura jurídica elegida por las partes del negocio fiduciario para canalizar su inversión en sociedades locales es una sociedad constituida y registrada en el extranjero y que como tal debe cumplir las normas aplicables a esas estructuras jurídicas.

Manifestó que la resolución 2/2006 dispone la obligación de informar diversos aspectos del negocio fiduciario subyacente momento de solicitar la inscripción de resoluciones de asambleas de sociedades por acciones, en las cuales hayan participado titulares fiduciarios de acciones. Enfatizó que esa resolución persigue la transparencia de las relaciones jurídicas subyacentes a la transmisión fiduciaria de acciones. Agregó que la resolución es aplicable mutatis mutandi a aquellas situaciones en las cuales la titularidad fiduciaria se haya perfeccionado en jurisdicción y bajo legislación foránea.

La IGJ enfatizó que Hartfield debe estar inscripto en los registros de accionistas de las sociedades locales participadas, lo que justifica la necesidad de que provea la información solicitada por la resolución 7/2005.

2. Hartfield interpuso recurso de apelación contra dicha decisión.

La apelante relató que es una sociedad fiduciaria constituida en Nueva Zelanda, que detenta la propiedad fiduciaria de acciones de sociedades argentinas y de una sociedad uruguaya. Destacó que los beneficiarios del fideicomiso son personas físicas.

Sostuvo que la IGJ no puede pretender que todas las sociedades extranjeras cumplan íntegramente los requisitos exigidos por la resolución 7/2005, sin que pueda admitirse excepción alguna. Destacó que el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en su conjunto y teniendo en cuenta los principios y las normas que lo integran.

Manifestó que la falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 188, inc. 3, subincs. a y b, de la resolución IGJ 7/2005 no indican ineludiblemente que exista una elusión del derecho argentino. Agregó que en el caso no existe una violación al derecho argentino dado que Hartfield es una sociedad extranjera genuina. En este sentido, alegó que Hartfield no es una sociedad *off shore*, dado que no tiene prohibido desarrollar su objeto social en su país de origen. Agregó que desarrolla su principal actividad en Nueva Zelanda, donde funciona y tiene domicilio el fideicomiso. Manifestó que no se trata de un caso de accionistas ocultos, que pretendan anonimato frente a la ley argentina, dado que los accionistas de las sociedades locales son los sujetos que constituyeron el fideicomiso y en el futuro los beneficiarios.

Asimismo, adujo que Hartfield es una sociedad vehículo de inversión de los beneficiarios del fideicomiso y no de la sociedad controlante de Hartfield (a saber, Anchor Group). Destacó que su controlante no tiene ningún interés en las sociedades argentinas participadas, que son administradas en interés de los beneficiarios del fideicomiso.

Sostuvo que el art. 190 de la resolución 7/2005 dispensa a las sociedades vehículo de inversión del cumplimiento de los requisitos del art. 188, inc. 3, subincs. a y b. Manifestó que el fin de dicha disposición es permitir que sociedades extranjeras que no cumplan los requisitos en cuestión puedan inscribirse cuando son vehículos de inversión de sociedades, que cumplen dichos requisitos. Enfatizó que dicha disposición dispensa a las sociedades que no son *off shore* o fraudulentas, aun cuando no cumplan los requisitos en cuestión. Finalmente, afirma que este mismo propósito indica que Hartfield debe ser dispensada del cumplimiento de los requisitos en cuestión, aun cuando no sea una sociedad vehículo en los términos del art. 190 de la resolución 7/2005.

3. A los efectos de analizar la cuestión controvertida, cabe desentrañar el espíritu del art. 188, inc. 3, subincs. a y b, de la resolución IGJ 7/2005.

3.1 La citada norma establece que: "Para la inscripción prevista por el art. 118, párr. 3º, de la ley 19550, se debe presentar... 3. La documentación proveniente del extranjero suscripta por funcionario de la misma, cuyas facultades representativas deben constar en ella justificadas ante notario o funcionario público, que acredite: a) Que la sociedad no tiene en su lugar de constitución, registro o incorporación, vedado o restringido el desarrollo de todas sus actividades o la principal o principales de ellas; b) Que tiene fuera de la República una o más agencias, sucursales o representaciones vigentes y/o activos fijos no corrientes o derechos de explotación sobre bienes de terceros que tengan ese carácter y/o participaciones en otras sociedades no sujetas a oferta pública y/o realiza habitualmente operaciones de inversión en bolsas o mercados de valores previstas en su objeto...".

Esta norma persigue "el correcto encuadramiento de las sociedades constituidas en el extranjero dentro de las disposiciones de la ley 19550 relativas a su actuación extraterritorial" (conf. consid. 4º, resolución 7/2003).

Tal como he afirmado en otras ocasiones, la resolución examinada se dirige a revertir una situación de vacío reglamentario que facilita la comisión de actos que no sólo comprometen los derechos de terceros, sino también la seguridad del Estado y de la comunidad internacional, como es el caso de la evasión fiscal, el lavado de dinero y la financiación del terrorismo internacional (dictamen 109.607, "Inspección General de Justicia c. Frinet S.A."; dictamen 106.202, "Bryce Services Corp. c. Inspección General de Justicia s. recurso de apelación").

En efecto, en los últimos tiempos se advierte un uso creciente de sociedades extranjeras *off shore* que permiten obrar en la clandestinidad para cometer delitos económicos y burlar toda clase de imperativos legales mediante la actuación por interpósita persona. Me refiero a la elusión de obligaciones tributarias, las derivadas del régimen sucesorio, deberes de asistencia familiar, división de la sociedad conyugal,

responsabilidad ante los acreedores y toda clase de simulación y fraude a derechos de terceros. El fenómeno de la globalización y el acceso a las redes digitales han facilitado la adquisición de esos instrumentos, que se han convertido en una herramienta accesible para encubrir actividades ilegales o en fraude a las leyes nacionales.

Los países avanzados han, tomado conciencia de que las tradicionales concepciones iusprivatistas que relegan la persecución del fraude societario y la reparación de la ilicitud al ámbito de una acción judicial promovida por el tercero afectado, no aportan una solución real a un problema que se ha vuelto endémico. La realidad ha mutado y exige a los operadores del derecho la debida intervención para restablecer el orden público vulnerado con grave perjuicio para la comunidad.

Los países avanzados han instaurado un nuevo proteccionismo en materia societaria, que recibe impulso a raíz de la cadena de escándalos financieros que en Estados Unidos de América tomaron el nombre de la compañía Enron y en Europa de Videndi, Cirio y Parmalat, que se ha activado por parte de los Estados en protección de las sociedades nacionales, sin importar si afecta a las propias empresas nacionales, en cuanto éstas pongan en riesgo los derechos de terceros y los ahorros de la ciudadanía (conf. Calgano, Francesco, "La globalizzazione nello specchio del diritto", Ed. Il Mulino, Bologna, 2005, p. 83).

Estas razones, entre otras, me llevaron a expedirme a favor de la constitucionalidad del art. 4 de la resolución. 7/2003 (incorporado al art. 188, inc. 3, subincs. a y b, de la resolución 7/2005) en el caso, "Inspección General de Justicia v. Synfina S.A" (dictamen 115.992).

3.2 El art. 188, inc. 3, subincs. a y b de la resolución 7/2005 contiene una disposición precisa a los efectos de determinar cuándo una sociedad extranjera es genuina y cuándo es fraudulenta, esto es, a través de la acreditación por parte de la sociedad de que no es una sociedad *off shore* y de que tiene activos o actividad comercial en el extranjero. La especificidad de la norma otorga eficacia en el control de la actuación de sociedades extranjeras en nuestro país.

La mera existencia de una norma de carácter general, como el art. 124, LS, demostró ser insuficiente a los efectos de combatir la actuación fraudulenta de sociedades extranjeras en nuestro país. Como sostuve, en otro caso, la resolución 7/2005 vino a completar el vacío reglamentario existente en la Ley de Sociedades y "la prueba de la existencia de un vacío normativo es el hecho público y notorio destacado en los considerandos de la resolución cuestionada de la proliferación en los últimos años de sociedades constituidas en el extranjero al amparo de legislaciones más favorables, pero cuya sede real o principal, objeto se encuentra en nuestro país", (dictamen 115.992, "Inspección General de Justicia v. Synfina S.A").

Sin embargo, los riesgos de una disposición precisa como la contenida en el art. 188, inc. 3, subincs. a y b, son la "infrainclusión" y la "sobreinclusión". Por un lado, la disposición puede impedir la actuación de sociedades extranjeras, que si bien no pueden demostrar que (no) son *off shore* y que tienen activos o actividad en el extranjero, son genuinas. Este sería un caso de sobreinclusión, en tanto que la norma afectaría a sociedades extranjeras que nuestro legislador (Nissen) no quiso afectar. Por otro lado, la disposición puede permitir la actuación de sociedades extranjeras, que si bien pueden demostrar que no son *off shore* y que tienen activos o actividad en el extranjero, son fraudulentas. Este sería un caso de infrainclusión, en tanto que la norma no afectaría a sociedades extranjeras que nuestro legislador quiso afectar (ver Louis Kaplow, "Rules vs. Standards: An Economic Analysis", 42 Duke L J 557, 559; 1992).

La propia IGJ trata de morigerar los problemas "infrainclusión" y "sobreinclusión" que puede traer aparejada una disposición tan precisa como la contenida en el art. 188, inc. 3, subincs. a y b.

De este modo, la IGJ ha dictado normas que dispensan a las sociedades extranjeras del cumplimiento del art. 188, inc. 3, subincs. a y b, cuando tiene otras razones para pensar que no se trata de sociedades fraudulentas.

Así, el art. 190 de la misma resolución dispensa del cumplimiento de dichas disposiciones a las llamadas "sociedades vehículos". El art. 190 dice que "El cumplimiento de los requisitos del inc. 3, subincs. a y b del art. 188, está dispensado a aquellas sociedades cuya inscripción se pida para el exclusivo fin de ser "vehículo" o instrumento de inversión de otra sociedad que directa o indirectamente ejerza su control por poseer derechos de voto suficientes para formar la voluntad social, de la peticionaria...". La norma condiciona la dispensa a que los requisitos en cuestión sean cumplidos por la sociedad controlante de la peticionaria de la inscripción.

Sin embargo, cabe destacar que tanto si la sociedad extranjera tiene que cumplir con los recaudos del art. 188, inc. 3, subincs. a y b, como si solicita la dispensa prevista en el art. 190, la carga de probar que es una sociedad genuina está a su cargo y no a cargo de terceros damnificados. Esta fue una modificación fundamental en la aplicación del art. 124, LS, prevista en la resolución 7/2005.

En este caso, cabe destacar los siguientes hechos:

i) Hartfield Investments Limited probó ser una sociedad regularmente constituida en Nueva Zelanda, esto es, un país que no se encuentra en listado de paraísos fiscales (conf. art. 7 s/n a cont. art. 21, decreto 1344/2008; fs. 137 y ss).

ii) Hartfield Investments Limited no es una sociedad *off shore*.

iii) Las acciones de Hartfield Investments Limited son nominativas y su único accionista es Anchor Investments Holdings Limited, una sociedad regularmente constituida en Nueva Zelanda (fs. 75).

iv) Hartfield Investments Limited es una sociedad fiduciaria, a la que determinadas personas físicas, identificadas en el expediente (fs. 62), le transmitieron la propiedad fiduciaria de acciones de sociedades locales y de una sociedad uruguaya. El contrato de fideicomiso se encuentra agregado al expediente (fs. 62/75). El objeto del fideicomiso es que el fiduciario administre los bienes fideicomitidos y luego los transfiera a favor de los beneficiarios, que son personas físicas, identificadas en el expediente (fs. 64). Se trata de un fideicomiso testamentario.

v) De acuerdo con la declaración del accionista de Hartfield Investments Limited y de los beneficiarios del fideicomiso, dicha sociedad es una sociedad vehículo de inversión de las personas físicas mencionadas ut supra.

Estas particulares circunstancias, que fueron demostradas por la peticionante, me llevan a pensar que la dispensa solicitada por Hartfield Investments Limited debe ser otorgada. En efecto, no encuentro motivos para pensar que dicha sociedad sea fraudulenta y estimo que la información proporcionada satisface el requisito de transparencia. De este modo, la sociedad cumplió con la carga de la prueba, que estaba a su cargo, aunque por medios distintos a los previstos expresamente por la IGJ.

4. Por los fundamentos expuestos, opino que V.E. debe hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la resolución apelada.- Buenos Aires, marzo 10 de 2008.- A. Gils Carbó.

2º instancia.- Buenos Aires, 8 de abril de 2008.-

Y Vistos: Por los fundamentos y conclusiones del dictamen precedente, que se dan por reproducidos por razones de brevedad, revócase el pronunciamiento de fs. 217/229.

Notifíquese, a la fiscal general, en su despacho. Oportunamente, devuélvase.

El Dr. Juan M. Ojea Quintana actúa conforme lo dispuesto en la resolución 542/2006 del Consejo de la Magistratura y acuerdo del 15/11/2006 de esta Cámara de Apelaciones.- J.

L. Monti. B. B. Caviglione Fraga. J. M. Ojea Quintana.