

**NUEVO RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE CAPITAL ASIGNADO Y PATRIMONIO
DE SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS:
MOTIVACIÓN, CAUSA Y COMPETENCIA EN LA RG-IGJ 11/06
(FUNDAMENTOS PARA UNA NECESARIA REVISIÓN POR ILEGITIMIDAD)**

“Ubi lex voluit dixit, ubi nolui tacuit”

Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director

Colaboradores

Iván Di Chiazza

Florencia Paolini de Vidal

Miguel La Vista

INDICE

I. INTRODUCCIÓN.	4
II. LEGITIMIDAD DE LA ACTIVIDAD ESTATAL.	5
III. CAUSA Y MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.	
1. <i>La motivación como expresión de la causa.</i>	6
IV. LA FALTA (O FALSA) CAUSA JURÍDICA DE LA RG-IGJ 11/06.	9
1. FUNDAMENTOS QUE BUSCAN JUSTIFICAR LAS FACULTADES DE LA IGJ PARA FISCALIZAR PATRIMONIALMENTE A LAS SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS.	9
a. <i>Una exégesis literal equívoca e inconclusa.</i>	9
b. <i>La incompetencia de la IGJ.</i>	12
c. <i>Una interpretación que subvierte el orden normativo institucional.</i>	14
d. <i>Una interpretación asistemática y descontextualizada de la LSC</i>	14
e. <i>La incoherencia con las normas sobre entidades financieras y aseguradoras.</i>	15
e. <i>La incoherencia con las normas sobre entidades financieras y aseguradoras.</i>	14
2. FUNDAMENTOS QUE BUSCAN JUSTIFICAR LAS FACULTADES DE LA IGJ PARA DEMANDAR LA LIQUIDACIÓN DE SUCURSALES POR OPERAR CON PATRIMONIO NETO (NEGATIVO).	16
a. <i>La vía preventiva.</i>	16
3. FUNDAMENTOS QUE BUSCAN JUSTIFICAR LAS FACULTADES DE LA IGJ PARA EXIGIR EL MANTENIMIENTO DE UN PATRIMONIO NETO POSITIVO.	18
a. <i>La masa de recursos activos y la garantía directa.</i>	18
b. <i>El capital y la función de garantía.</i>	19
c. <i>Patrimonio neto negativo: entre la inactividad y las garantías</i>	22
d. <i>La permanencia del capital asignado de manera voluntaria.</i>	24
V. NUEVO RÉGIMEN DE CAPITAL ASIGNADO Y DE RECOMPOSICIÓN PATRIMONIAL.	26
1.- LA PÉRDIDA DEL PATRIMONIO.	26
a. <i>Pérdida total del patrimonio: ¿recomponer?</i>	27
a.i. <i>Patrimonio neto sin asignación de capital.</i>	27
a.ii. <i>Patrimonio neto con asignación de capital.</i>	27
b. <i>Pérdida parcial del patrimonio.</i>	28
b.i. <i>¿Reducir capital asignado?</i>	28
b.ii. <i>¿Reembolso de capital asignado?</i>	28
c. <i>Alternativas de recomposición patrimonial.</i>	29
d. <i>La recomposición del patrimonio de sucursales como negocio jurídico exorbitante.</i>	29
e. <i>¿Y las demás cuentas patrimoniales?</i>	31
2. <i>CONVIENE ASIGNAR CAPITAL.</i>	
a) <i>Régimen de "encaje"</i>	32
3. <i>¿CUÁL DEBE SER LA CIFRA DE CAPITAL ASIGNADO A UNA SUCURSAL?</i>	35
4. <i>RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE POR INFRACAPITALIZACIÓN DE LA SUCURSAL.</i>	35
VI. LOS "QUE SI BIEN" Y "AUNQUE" DE LA IGJ.	36
VII. REFLEXIONES FINALES.	37

Sumario

Proponemos cuestionar la RG-IGJ 11/06 como acto administrativo.

Analizando la causa jurídica y la motivación de la Norma arribamos a la conclusión de que la RG 11/06 posee severos vicios en la causa, motivación y competencia dando lugar a la nulidad absoluta e insanable.

Nuestra crítica apunta a: (i) desbaratar la presunta función de garantía del *capital asignado*; (ii) cuestionar muchos conceptos teñidos de un peligroso dogmatismo exacerbado (la falsa causa jurídica); (iii) criticar la falta de competencia de la IGJ para ejercer control de legalidad con el alcance pretendido. Por último analizamos el nuevo régimen administrativo de “recomposición” patrimonial de sucursales por causa de pérdidas.

Si bien el régimen de encaje torna utópica toda discusión científica sobre la naturaleza jurídica del *capital asignado*, entendemos que la RG merece un urgente control judicial de legalidad.

En nuestra opinión la Inspección General de Justicia ha penetrado aspectos que hacen al derecho societario de fondo siendo necesario decretar la nulidad del acto por vicio de incompetencia, entre otros.

En los capítulos I a IV analizamos los considerandos como motivación de la Norma. En el capítulo V analizamos la figura de la *recomposición* patrimonial de sucursales haciendo un análisis comparado con el reintegro de capital. Concluimos que son institutos incompatibles no pudiendo confundirse el uno con el otro.

I. Introducción

La Resolución General 11/2006 de la Inspección General de Justicia (“RG 11/06”) ha venido a consagrar -respecto del régimen de capital asignado de sucursales de sociedades extranjeras- el novedoso criterio adoptado por el organismo de contralor en el expediente “Lexmark International de Argentina Inc.”.

La Norma establece en su artículo 2º la facultad de la IGJ para verificar: (A) el mantenimiento en términos positivos del capital contable (o patrimonio neto) y (B) el mantenimiento del capital asignado.

El art. 3º prevé que si de los estados contables resultare un patrimonio neto negativo, la sociedad extranjera deberá optar entre: (A) acreditar la recomposición del patrimonio neto ó (B) acreditar la recomposición del capital asignado, si hubiere capital asignado. Ahora bien, si de los estados contables resultare que el patrimonio neto es inferior a la cifra de capital asignado la sociedad extranjera deberá optar entre: (A) recomponer el capital asignado ó, (B) reducir el capital a un valor igual o inferior al del patrimonio de la sucursal.

Las opciones indicadas se dirimen entre pérdida total de patrimonio (haya o no capital asignado) en una suerte de reintegro de capital social al que la RG 11/06 denomina “recomposición” (*vid.*, artículo 96 de la ley de sociedades comerciales 19.550) o, pérdida parcial del capital asignado, en una pseudo reducción forzosa del capital social del artículo 206 de la LSC.

Por otra parte, en el supuesto de que la casa matriz considere absurdo y estéril someter parte de su patrimonio a este particular régimen de contralor

administrativo, aquella podrá solicitar ante la IGJ la cancelación de la inscripción y liquidación de la sucursal.

Si la matriz supo asignar voluntariamente un capital y el nuevo régimen de asignación no le cae en gracia aquella tendría vedado dejarlo sin efecto. De acuerdo con el rol y alcance que la IGJ le asigna al capital, la lectura de los artículos 3.2 y 6.3 de la RG 11/06 darían a entender que la sucursal sólo podría remesar capital condicionado al artículo 3.2 dentro del cual se enmarca el 6.3. No obstante, en rigor de verdad y como luego veremos, ello no es una alternativa real de cara a las exigencias actuales del Banco Central de la República Argentina en materia del “encaje”.

Con todo esto la sucursal de sociedad extranjera inscripta en sede de la IGJ se encuentra sometida a un régimen de conservación de capital y patrimonio inédito (hasta ahora) con un grado de severidad que escapa a las limitadas facultades y competencias de la IGJ.

A lo largo de los considerandos la RG 11/06 deja bien claro su objetivo: velar por la protección de los acreedores locales de la sociedad extranjera. Si bien la intención es digna de elogio, entendemos que el fin buscado no justifica el medio utilizado.

Por los fundamentos que se expondrán somos de la opinión de que la RG 11/06 es nula de nulidad absoluta, en cuanto acto administrativo general, ya que padece de serios vicios en algunos requisitos esenciales, en particular: la motivación, la causa y en íntima relación con ambas, la competencia (incs. e), b) y a) respectivamente del art. 7º de la ley nacional de procedimientos

administrativos 19.549).¹

A continuación nuestros fundamentos.

II. Legitimidad de la actividad estatal.

Como parte del esquema garantístico propio de la actividad desplegada por los órganos estatales, la tutela judicial efectiva de dicha actividad viene a asegurar la legitimidad del obrar estatal en un marco de protección de los derechos de las personas tanto físicas como jurídicas.

En este contexto los principios generales del derecho administrativo consagrados en la LNPA establecen, entre otras exigencias, que las decisiones de un órgano público *competente* deban hallarse *motivadas*² y *causadas* (fáctica y jurídicamente) en forma razonable y con arreglo a la ley, de modo de hacer posible un adecuado y suficiente control jurisdiccional en cuanto tutela judicial.

El sistema que regula la invalidez y los consecuentes vicios del acto administrativo se encuentra directa y estrechamente enlazado con los elementos o requisitos exigidos por el ordenamiento para que la actividad del Estado

pueda considerarse legítima y válida.³

Este esquema garantístico obliga a las autoridades administrativas a ajustar su actuación al principio de legitimidad (legalidad y razonabilidad), que no es otra cosa que ajustar la actuación pública con arreglo a la ley y al derecho.

Ahora bien, la legitimidad de los actos administrativos no resulta sólo de su apego a la “ley” -como debe ser para todo acto jurídico sea público o privado- sino, además, del estricto cumplimiento de determinados requisitos sustanciales que la LNPA exige para que los actos administrativos nazcan sin vicios en su origen. Esos requisitos tienen por objetivo brindarles a los administrados la posibilidad de que sus derechos personales y patrimoniales no resulten avasallados.

El profesor CASSAGNE nos ilustra haciendo una necesaria diferenciación entre legalidad y legitimidad al expresar: “...preferimos desde hace un tiempo acudir al concepto de legitimidad (como comprensivo de la norma positiva y de los principios generales del derecho, aún cuando éstos no tengan rango positivo) abarcando tanto así la legalidad como la razonabilidad y justicia, o sea, el “derecho” y no sólo la ley”⁴. Desde esta interesante perspectiva formulamos los siguientes interrogantes: ¿es

¹ No ingresaremos en la disquisición doctrinaria acerca de las diversas teorías sobre los elementos, requisitos o presupuestos del acto administrativo y nos sustentaremos en la terminología empleada por la LNPA en su art. 7º, que habla de requisitos esenciales.

² Enseña el maestro BIELSA que el principio general es la motivación, salvo que no existiera la necesidad jurídica de ella. Cfr. BIELSA, Rafael: *Derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, t. II, pág. 90.

Resulta vano detenernos en el debate doctrinario acerca de aquellos actos administrativos en los que se podría obviar la motivación, atento a que el acto administrativo que nos ocupará (RG 11/06 de la IGJ) involucra decisiones que imponen obligaciones y agravan la situación de los administrados (en el caso las sucursales de sociedades extranjeras), las cuales son calificadas por el profesor MARIENHOFF, como actos que por su naturaleza requieren motivación. Cfr. MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, t. II, pág. 323.

³ La doctrina administrativista nacional ha discutido copiosamente -tanto con anterioridad como luego de la sanción de la LNPA- sobre que se debía entender por elementos y presupuestos de los actos administrativos.

Por nuestra parte y con un fin meramente pragmático, nos mantendremos al margen de tal discusión por entender que para sustentar este ensayo basta con tener presente la formulación efectuada por la LNPA que alude a “requisitos esenciales”, concepto en el cual se comprenden los elementos de dicha figura jurídica recibiendo categorización propia en el derecho sustantivo. Cfr. CASSAGNE, Juan C.: *A treinta años de la sanción de la ley nacional de procedimientos administrativos*, LL, 2003-A, 944..

Por tal motivo, siguiendo el criterio legal, emplearemos la expresión requisitos esenciales y elementos esenciales indistintamente.

⁴ CASSAGNE, Juan C.: *Sobre el sistema de invalidez y los vicios del acto administrativo (a propósito de la doctrina que pretende borrar la distinción entre nulidad y anulabilidad)*, ED, 174-960.

legítima la RG 11/06?; ¿responde a la ley 19.550?; ¿satisface a los principios generales del derecho societario?

Aún sabiendo que los actos administrativos gozan de presunción de validez (o de legitimidad o legalidad), la misma es sólo *iuris tantum*. Tal como enseña la doctrina la presunción de legitimidad implica que el acto ha sido emitido conforme a Derecho y que se han respetado las normas que regulan la producción de la actividad administrativa.⁵ Se sostiene que esta presunción no reviste carácter absoluto pues cede frente a la aparición de vicios manifiestos.⁶

En síntesis, la legitimidad del obrar de la administración pública no es sólo emitir actos en celoso respeto a la ley de fondo (la causa jurídica) y a los antecedentes fácticos (la causa de hecho) sino, además, supone la explicitación de aquellos fundamentos y razones (la motivación). Todo ello, por cierto, presupone la existencia de facultades (la competencia) por parte del órgano emisor del acto. Los tres, son requisitos estructurales de la actuación pública cuya violación implica que el acto administrativo nazca con vicios congénitos.⁷

⁵ Cfr. DROMI, José R.: *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1973, pág. 80.

⁶ Cfr. CASSAGNE, Juan C.: *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974, Pág. 330.

De esta forma, señala la doctrina que la presunción de legitimidad no es sino una tolerancia al funcionamiento del acto anulable, pues se basa en la posibilidad de que el acto sea seneado, con lo cual, el cumplimiento previo del mismo (por su presunción de legitimidad) resulta justificado. Por el contrario, en el caso del acto nulo, al ser un acto insanablemente viciado la conclusión necesariamente difiere y carece de sentido jurídico y práctico exigir el cumplimiento de un acto que deberá ser extinguido por ilegitimidad. Cfr. GORDILLO, Agustín A.: *Tratado de derecho administrativo. El acto administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1979, t. III, pág. V-22.

⁷ En este aspecto, la teoría de los elementos del acto administrativo cobra una esencial importancia con respecto a todas las cuestiones referentes a la validez del acto, puesto que deben analizarse los vicios en relación a los elementos a los fines de determinar la existencia y entidad de un defecto susceptible de provocar la invalidez del acto administrativo. Cfr. CASSAGNE, Juan C.: *Derecho*

III. Causa y motivación del acto administrativo.

La LNPA prescribe la configuración de la nulidad absoluta del acto administrativo en los siguientes supuestos: 1) incompetencia, 2) falta o falsa causa, 3) violación de formas esenciales entre los que se incluye la motivación, 4) violación de la ley y 5) incumplimiento de la finalidad.

A los efectos del presente ensayo nos concentraremos sólo en los ítems 2) (causa) y 3) (motivación)⁸, enfocando paralelamente la problemática de la incompetencia (ítem 1).

1.- LA MOTIVACIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA CAUSA

El acto administrativo requiere para su legitimidad de un elemento de singular importancia: la motivación. Ésta es entendida por la doctrina nacional como “...la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a la emisión del acto”.⁹

La motivación supone la explicación de las razones o móviles que llevaron al órgano administrativo a emitir el acto. Dichas razones son tanto las que hacen a las circunstancias fácticas como al derecho aplicable. De modo que la motivación no es otra cosa que la explicación de las razones <de hecho> y <de derecho> que llevan a la administración a emitir el acto; en nuestro caso, la Inspección General de Justicia al dictar la RG 11/06.¹⁰

administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, t. II, pág. 115.

⁸ No abordaremos el requisito finalidad, el cual, para cierta doctrina, presente una vinculación importante y central con la noción de motivación, sencillamente por que al demostrar -tal como lo haremos- que la RG 11/06, en cuanto acto administrativo general, carece de motivación fundada, suficiente y certera, ello alcanza para calificar como viciado al acto en cuestión.

⁹ MARIENHOFF, Miguel S.: *op. cit.*, pág. 323/4.

¹⁰ Establece la LNPA en su art. 7º inc. e) que el acto administrativo “...deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto,

Tal como lo sostiene el profesor MARIENHOFF, la motivación no es un elemento autónomo, pero sí es un aspecto o ingrediente del elemento "forma" del acto administrativo, siendo una expresión de la "forma" (en cuanto elemento esencial) que hace a la sustancia del acto.¹¹

La motivación se encuentra comprendida dentro de los "considerandos" y constituye la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad de la decisión tomada y por ende, es el punto de partida para el juzgamiento de dicha legitimidad.¹²

Consecuentemente, el requisito legal de la motivación no es un mero recaudo formal reducido a poner en papel alguna razón que pretenda hacer las veces de fundamentación. Vale decir, no consiste en ofrecer cualquier razón sin precisión fáctica y jurídica; sino todo lo contrario, debe ser una explicación con características singulares en función de la resolución adoptada en el acto en cuestión. Por ello, la motivación del acto administrativo *"...debe ser certera y no sólo certera; sino, además, circumscripta a los hechos y al ordenamiento jurídico positivo aplicable al caso particular..."*.¹³

consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo."

Para el profesor CASSAGNE, resulta *"...más adecuado basar el requisito de la motivación en la enunciación de las razones que han determinado el dictado del acto, lo cual permite incluir la exteriorización de otro elemento considerado esencial: la finalidad"*. CASSAGNE, Juan C.: *Derecho administrativo*, op. cit., pág. 135.

¹¹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S.: op. cit., pág. 326.

Se discute en la doctrina administrativa si la motivación reviste el carácter de elemento esencial autónomo del acto administrativo o es un componente del elemento forma; no obstante, para nuestro desarrollo, tal debate resulta irrelevante, dado que en última instancia la motivación será siempre un requisito esencial (art. 7º inc. e de la LNPA) cuya vicio hace a la ilegitimidad del acto administrativo.

¹² Cfr. GORDILLO, Agustín A.: *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, pág. 313.

¹³ BARRAZA, Javier I.: *"La motivación del acto administrativo. Características que debe reunir y la importancia de la misma"*, LL, 1998-C, 985.

Para nuestro Derecho administrativo la sola descripción de las circunstancias de hecho no resulta suficiente para tener por cumplido la motivación¹⁴. En este sentido se ha dicho que *"...no basta que los hechos invocados existan materialmente. Es necesario que reúnan los caracteres fijados por la ley. Si la administración ha apreciado en forma inexacta esos caracteres, el juez podrá señalar ese error y la decisión sería ilegal..."*.¹⁵

Ergo, a la explicación de los hechos hay que agregarle algo más: la explicación del derecho aplicable que no es otra cosa que la fundamentación jurídica que logre ensamblar los hechos con el derecho.¹⁶

En el caso de la RG 11/06 tales antecedentes fácticos y jurídicos serían; por un lado, la presunta dificultad de los acreedores locales para cobrar sus acreencias frente a una sucursal de sociedad extranjera con patrimonio neto negativo o inferior al capital asignado (si lo tuviere) junto al ineficiente régimen de responsabilidad contractual y extracontractual (los hechos) y, por el otro, el régimen de capital asignado previsto en el artículo 118, tercer párrafo de la ley 19.550 junto con las disposiciones de la ley orgánica 22.315 sobre competencia para ejercer control sobre las sucursales de sociedades extranjeras (el derecho aplicable).¹⁷

¹⁴ La motivación debe ser suficiente, lo cual no ocurre por ejemplo, cuando la motivación expresada carece de fundamentos jurídicos o por el contrario sólo se refiere a fundamentos de esa naturaleza. Cfr. TAWIL, Guido S. y MONTI, Laura M.: *La motivación del acto administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pág. 64.

¹⁵ DIEZ, Manuel M.: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Omeba, 1965, t. II, pág. 363.

¹⁶ Enseña el maestro BIELSA, con alarmante actualidad, que *"... no sirven, desde luego, de explicación y menos de motivación expresiones como las siguientes: "mejor servicio", "fines de gobierno", "necesidad general", "interés del pueblo", como infelizmente suele hacerse, preceptos algunos de ellos vagos y genéricos aplicables a todo. Los motivos deben concretarse y fundarse con especial referencia al caso"*. BIELSA, Rafael: *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1963, pág. 94, cit. 26.

¹⁷ El órgano de contralor societario adopta como fundamento jurídico el siguiente derecho: artículos 94, 4º y 5º párrafos, 118, 1º párrafo, 120, 206 y 303 de la

En punto a la causa como elemento esencial la doctrina patria que ha tratado el tema se divide entre objetivistas y subjetivistas. Para los primeros, la causa refiere a los antecedentes o circunstancias de hecho que justifican el dictado del acto mientras que para los segundos la causa radicaría en la voluntad de la administración.

Sin ánimo de penetrar en tal controversia baste señalar que el sistema de la LNPA apoya el criterio objetivista al sostener en el art. 7º inc. b) que el acto administrativo “...deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable.”¹⁸

Siendo la motivación la explicación de la causa, es decir, de los motivos¹⁹ de hecho y de derecho que determinaron a la administración a emitirlo, implica que deban acaecer en el mundo material acontecimientos, circunstancias, o que existan antecedentes que autoricen su dictado; pero que a su vez, esto encuentre fundamento en el ordenamiento jurídico positivo.²⁰

Así entonces la motivación en cuanto aspecto del elemento esencial “forma” del acto administrativo y la causa, en cuanto elemento esencial en sí mismo, se encuentran ligados (asumiendo ambos el rol requisitos esenciales

para la LNPA), atento a que la primera es la expresión o constancia de que la segunda existe y concurre en el caso al que refiere el acto administrativo.²¹

¿Cumple la RG 11/06 con la exigencia de motivación valedera, en cuanto exposición certera de razones (o causas) fácticas reales suficientes y de razones jurídicas precisas y concretas, más allá de la mera apariencia que traducen sus considerandos?

La respuesta es negativa.

Veintisiete considerandos plagados de citas y referencias normativas pueden conmovier al lector poco atento; en nuestra opinión la RG 11/06 cumple sólo en apariencia con el recaudo de la motivación convincente en cuanto expresión de causas (fácticas y legales) reales y certeras. A medida que se analiza las circunstancias fácticas y la fundamentación jurídica advertimos que la norma administrativa se hace añicos contra el derecho de fondo resquebrajando sus pretendidos cimientos argumentativos.

En definitiva, la RG 11/06 carece de motivación y de causa, tal como intentaremos mostrar en estas breves reflexiones.

ley 19.550; artículos 4, 6, 7.b y f, 8.b, 11.c, 21.a y b, de la ley orgánica 22.315; artículo 26. 2º párrafo del decreto reglamentario 1493/82; artículo 4, 3º párrafo de la ley de concursos y quiebras; ley de seguros, ley de entidades financieras; alguna doctrina aislada, el fallo “*Dauphine Corporation c. IGJ*” y la resolución particular dictada en el expediente “*Lexmark Internacional Argentina, Inc.*”.

¹⁸ Cfr. DIEZ, Manuel M. y HUTCHINSON, Tomás: *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1985, t. I; pág. 196.

¹⁹ “...Ciertos juristas consideran que la causa y el motivo son una sola y misma cosa. Nosotros pensamos que, si bien alguna vez puede ser así, no siempre se presenta la identidad. El motivo se aproxima más al propósito y al fin. Consiste en la razón por la cual la autoridad se decide a otorgar el acto”. HUTCHINSON, Tomás: *op. cit.*, pág. 154.

²⁰ Seguiremos en estos conceptos, la opinión del maestro MARIENHOFF, las cuales, por cierto, inspirarán la redacción de la LNPA. Vid. MARIENHOFF, Miguel S.: *op. cit.*

²¹ Cómo ya hemos señalado precedentemente, para algunos autores también se encuentra involucrado otro elemento del acto administrativo, tal como es la finalidad, la cual incide sobre los motivos y su determinación. Al decir de CASSAGNE, la motivación es un requisito que integra el elemento forma y consiste en la exteriorización de las razones que justifican y fundamentan la emisión del acto, que versan tanto en las circunstancias de hecho y de derecho (causa) como en el interés público que se persigue con el dictado del acto (finalidad), Cfr. CASSAGNE, Juan C.: *Derecho administrativo, op. cit.*, pág. 135.

Si bien, este es el criterio que surgiría de la LNPA al definir a la motivación como la expresión en forma concreta de las razones que inducen a emitir el acto además de los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable, para nuestro cometido, basta simplemente con detenernos en la motivación y en la causa, ya que por medio del análisis de dichos requisitos a la luz de los considerandos de la RG 11/06 se podrá apreciar suficientemente los defectos concretos que tal norma administrativa padece.

IV. La falta (o falsa) causa fáctica y jurídica de la RG 11/06.

Analizaremos varios de los considerandos de la RG 11/06, en cuanto motivación y expresión presuntamente <certera> y <fundada> de la causa fáctica y jurídica. Deshilvanando dichos considerandos intentaremos rebatir su motivación y concluiremos, en consecuencia, que la Norma carece de causa; o cuanto menos la misma es falsa.

En el caso de la RG 11/06 la causa jurídica intenta apoyarse en: (A) el régimen de capital asignado bajo el artículo 118, 3º párrafo de la ley 19.550, y (B) en las disposiciones de la ley orgánica 22.315 en punto a las facultades de la IGJ para ejercer control sobre las sucursales de sociedades extranjeras.

La pretensión regulatoria de la IGJ en cuanto al control patrimonial de las sucursales de sociedades extranjeras no surge de manera expresa de ninguna norma de fondo (LSC), y menos aún, de una norma orgánica (ley 22.315). **Siendo esto así**, el citado organismo ha debido propiciar una interpretación jurídica algo peculiar para arribar a tal conclusión.

La pretensión de la IGJ en definitiva, en cuanto resultado de una interpretación jurídica, adolece de serios defectos: (i) es una exégesis literal equívoca; (ii) es una interpretación que subvierte el orden normativo institucional; (iii) es una interpretación asistemática y descontextualizada de la LSC, en cuanto norma sustancial y (iv) es una interpretación e incoherente con el régimen de responsabilidad patrimonial para entidades financieras y de seguros, previsto en leyes nacionales.

Seguidamente, procuraremos dar explicación de tales defectos.

1.- FUNDAMENTOS QUE BUSCAN JUSTIFICAR LAS FACULTADES DE LA IGJ PARA FISCALIZAR PATRIMONIALMENTE A LAS SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS

a) *Una exégesis literal equívoca e inconclusa*

“Que de acuerdo con el artículo 120 de la Ley N° 19.550 las sociedades constituidas en el extranjero inscriptas en el Registro Público de Comercio en los términos del artículo 118, tercer párrafo, de dicha ley, deben someterse al contralor estatal correspondiente”.

“Que conforme al artículo 8º, inciso b), de la Ley N° 22.315, la INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA ejerce la fiscalización permanente de dichas sociedades y las facultades y funciones enunciadas en el artículo 7º, incisos a), b), c), e) y f) de la misma ley, en las cuales va comprendido el control de las variaciones de capital (inciso b, artículo citado)”.

La RG 11/06 sustenta las amplias y novedosas facultades fiscalizadoras de la IGJ en una exégesis literal equívoca e inconclusa de la ley orgánica 22.315 y de la propia ley de sociedades comerciales 19.550. Es precisamente tal interpretación jurídica la que pretende hacer las veces de motivación al expresar la presunta causa jurídica que sustentaría las facultades de la IGJ enunciadas en aquella norma.

Tamaña interpretación procura justificar la auto arrogada competencia y facultades de la IGJ en lo atinente al capital y patrimonio de las sucursales de sociedades extranjeras²², pero la misma se aprecia como jurídicamente descontextualizada e incompleta y por ello, a la postre resulta arbitraria ya que se alteran las reglas de juego previstas por la LSC.

²² Por lo cual, también aparece en escena la “competencia”.

Ello hace tambalear y caer la pretendida expresión causal generando la ausencia de motivación del acto administrativo toda vez que la interpretación en cuestión no es, bajo ningún sentido o perspectiva, una exposición <certera> y <fundada> de la causa jurídica de la RG 11/06.

En efecto, la autoridad de contralor sostiene que “...de acuerdo con el artículo 120 de la Ley N° 19.550 las sociedades constituidas en el extranjero inscriptas en el Registro Público de Comercio en los términos del artículo 118, tercer párrafo, de dicha ley, deben someterse al contralor estatal correspondiente.”

Obviamente se trata del contralor estatal *correspondiente* cuyos alcances están enmarcados en la propia LSC; no obstante, la IGJ pretende que dicho control estatal puede sortear la LSC mediante una interpretación extensiva de la ley orgánica 22.315.

El invocado artículo 8° de la ley orgánica 22.315 que refiere a los alcances de la fiscalización permanente de la IGJ sobre las sociedades extranjeras remite al artículo 7° de dicha ley, el cual por su parte, regula la fiscalización de sociedades por acciones y, en particular su inc. b), prevé el control de las variaciones de capital.

En razón de aquella remisión que realiza la norma orgánica, la IGJ concluye asimilando las facultades de control del capital que dispone sobre las sociedades locales con el control del capital asignado a las sucursales de sociedades extranjeras, al afirmar explícitamente que: si la ley 22.315 me otorga facultades de fiscalizar las variaciones de capital de las sociedades locales (art. 7° inc. b) y la misma ley remite a dichas facultades cuando se refiere a las sucursales de sociedades extranjeras (art. 8°) entonces, tengo facultades para controlar las variaciones de capital de las sucursales de sociedades

extranjeras.

La interpretación literal es formalmente perfecta. Pero a la vez es jurídicamente incompleta como argumento, máxime cuando las interpretaciones teleológica y sistemática de las normas implicadas, concluyen lo contrario; *ergo*, tal interpretación literal es jurídicamente incorrecta y por lo tanto, la causa jurídica invocada es falsa y ello determina la inexistencia de motivación certera y suficiente en cuanto recaudos insoslayables de la legitimidad del acto (vrg., la RG 11/06).

Si bien el artículo 8° de la ley orgánica 22.315 le asigna a la IGJ (con respecto a las sucursales) las mismas facultades que a las sociedades locales en punto a las “*variaciones de capital*”, deducir de ello que tal organismo se encuentra facultado para imponer el mantenimiento de un patrimonio neto positivo, y si lo hubiera, del capital asignado, es una interpretación extensiva que no encuentra sustento en la norma orgánica y viola el marco normativo fundamental de la ley de fondo 19.550.

Sucede que tamaña remisión (la del art. 8° al art. 7° de la ley orgánica 22.315) se encuentra necesariamente contenida y subordinada a la ley de sociedades comerciales 19.550 en cuanto ley sustantiva. Es dentro del marco de ésta que debe enfocarse su hermenéutica. Cualquier interpretación que genere como efecto la evasión, salto, contradicción o violación de la ley sustantiva afecta, a la necesaria certeza de la causa jurídica y lleva a la ilegitimidad de la RG 11/06 como acto administrativo.²³

Así entonces, aparece en escena la interpretación literal aludida, que padece por cierto de un notorio defecto jurídico

²³ Llevando más lejos aún las consecuencias de semejante evasión, salto, contradicción y violación de la LSC, en cuanto norma jerárquica superior, se evidencia la inconstitucionalidad formal de la RG 11/06.

consistente en no haber sido contrastada o corroborada desde la perspectiva de una hermenéutica superadora de la exégesis literal.

24

La remisión que efectúa el art. 8° al 7° de la ley orgánica 22.315 debe ser objeto de una interpretación sistemática o contextual en el marco de la ley 19.550, adecuándose conceptualmente al cuadro legal delimitado por dicha ley de fondo ya que controlar la variación de capital no implica reclamar condiciones no exigidas por ella.

En síntesis, la interpretación literal no se basta a sí misma si se pretende, claro está, un mínimo de precisión jurídica, por lo cual, aquella reclama su complementación con una interpretación teleológica (finalista) y contextual (o sistemática) de todas las normas involucradas.

De manera tal que el hecho de que la IGJ cuente, por una simple remisión literal de normas de una ley orgánica (art. 8° al 7° de la ley 22.315), con facultades para controlar las variaciones de capital asignado en las sucursales extranjeras, lo es sólo con el necesario alcance que se desprende de la ley 19.550 en punto al sentido y naturaleza de dicho control.

Extender el control al valor del patrimonio de la sucursal es una falacia que desatiende a las necesarias salvedades y condicionamientos propios de un análisis hermenéutico finalista y sistemático de la ley orgánica 22.315 a la luz de la ley de fondo 19.550.

En este orden de ideas, una interpretación superadora de esta literalidad

²⁴ Toda interpretación literal debe, inevitablemente, ser enriquecida e incluso corroborada o rectificadora por los demás métodos de interpretación reconocidos. Pretender lo contrario, esto es, mantener un mera y exclusiva interpretación literal en pleno siglo XXI, sería una involución jurídica lamentable generadora de una hermenéutica jurídicamente equívoca e inexacta.

se impone por simples razones de sentido común. Así, efectuando una lectura global de la remisión efectuada por el art. 8° al 7° de la ley 22.315 se evidenciará que una remisión literal genera resultados absurdos. Nos explicamos:

La última parte del art. 8 de la norma orgánica establece que el órgano de contralor ejercerá las facultades y funciones enunciadas en el art. 7°, incs. a), b), c), e) y f) de la dicha ley. Descartando el inc. b) al que ya nos hemos referido, cabe señalar que el resto de la remisión comprende a los incs. "...a) *Conformar el contrato constitutivo y sus reformas;* (...) c) *Controlar y, en su caso, aprobar la emisión de debentures;* e) *Conformar y registrar los reglamentos previstos en el art. 5° de la ley citada* y f) *Solicitar al juez competente en materia comercial del domicilio de la sociedad, las medidas previstas en el art. 303 de la ley de sociedades comerciales.*"

Al respecto cabe preguntarse: ¿Es jurídicamente correcto interpretar literalmente dichas remisiones tal como la RG 11/06 propone en sus considerandos para el envío que efectúa el art. 8° al 7° de la ley orgánica 22.315? Si así fuera, dado la amplitud de control referidos por los incs. a), b), c), e) y f) del art. 7° de aquella norma el órgano de contralor dispondría a su favor de la posibilidad de fiscalizar a la sociedad extranjera en conjunto y plenitud.

Ello por supuesto además de absurdo es de cumplimiento imposible (en términos fácticos y jurídicos).

Más aún, se advierte que mediante una lectura literal el control comprendería al contrato constitutivo y sus reformas (inc. a) y tal como ha señalado la doctrina: "...no resulta realista suponer que la autoridad de control argentina podrá ejercer sus funciones de contralor respecto del contrato constitutivo que rige una

sociedad extranjera en su conjunto".²⁵

En consecuencia, teniendo en cuenta que la ley societaria de fondo no exige como obligatorio asignar capital a una sucursal, la remisión que efectúa el art. 8º al 7º de la ley orgánica 22.315 debe entenderse con esa salvedad. Ello es ineludible y hace a una sana hermenéutica finalista.²⁶ Por lo tanto, la RG 11/06 carece totalmente de sustento causal legal por ser, sus considerandos, una mera exégesis literal jurídicamente equívoca, inconclusa (al no haber atravesado el proceso hermenéutico en todos sus estadios) e incorrecta.

b) La incompetencia de la IGJ

Así como el proceso de interpretación finalista y sistemático de la ley orgánica 22.315 con respaldo en la ley de fondo sobre sociedades comerciales 19.550, coloca al descubierto la ausencia de motivación suficiente, igualmente, evidencia la incompetencia de la IGJ en punto al contralor

²⁵ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: "Derecho societario. Parte general. Sociedades extranjeras y multinacionales", Buenos Aires, Heliasta, 2005, pág. 322.

²⁶ Detengámonos un instante en la imperiosa necesidad de la interpretación finalista con un ejemplo tomado de la misma ley orgánica 22.315. Se puede apreciar que el art. 7º b) de la norma orgánica menciona también al control de la *disolución*. Pero la sucursal extranjera no se *disuelve*, sino que se *cierra* (así lo llama la RG 7/05 de la IGJ).

Sin perjuicio de ello, el acto jurídico societario de *disolución* de una sociedad local se podría asimilar, por medio de una interpretación finalista, al *cierre* voluntario de una sucursal extranjera.

En consecuencia, la remisión del art 8º al 7º lo es con obvias salvedades. La sucursal extranjera no se *disuelve*, sino que se *cierra*. Si bien tal *cierre* será controlado por la IGJ, lo es por una asimilación conceptual técnica de *disolución* de sociedad local con el *cierre* de la sucursal sobre la base de una interpretación teleológica de la norma en cuestión.

Ahora bien, así como hemos efectuado una interpretación finalista (que nos eleva por encima de la literalidad lingüística) para incluir en las facultades de control de la IGJ el *cierre* de una sucursal por analogía con la *disolución* a que alude el art. 7 inc. b) de la ley 22.315, el mismo razonamiento corresponde realizar, salvando las distancias, con la referencia que la misma norma efectúa al control de las *variaciones de capital*.

patrimonial (con los alcances pretendidos) de las sucursales de sociedades extranjeras.

La competencia es el conjunto de facultades y atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos estatales.²⁷ La misma puede clasificarse en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo.

Especial atención merece la competencia material pues refiere a las actividades que determinado órgano estatal puede, legítimamente, realizar. Partiendo de considerar que la incompetencia puede ser absoluta o relativa, lo que determinará la nulidad absoluta y relativa, cuadra ubicar en la primera (cuya precisión es de nuestro especial interés) a aquella que se produce ante la invasión de esferas de otros poderes del Estado o materias de otros órganos.²⁸

En el caso que nos ocupa, la IGJ ha exorbitado las facultades que le confiere la norma orgánica que delimita el rango de su actuación material, la ley 22.315, con ello ha incurrido en incompetencia material y teniendo en cuenta el tenor de las exigencias (en materia de capital asignado y patrimonio neto positivo de sucursales de sociedades extranjeras) resulta palmario que la IGJ ha incursionado en una esfera de actuación propiamente legislativa.

Indudablemente, la IGJ - por medio de la norma que estamos criticando - ha invadido la zona de reserva de la "ley", toda vez que la exigencia en torno del capital asignado y del patrimonio (con el alcance que ha sido planteado por la norma administrativa), es un ámbito propio de la ley formal o de fondo, vale decir, es competencia del Congreso de la

²⁷ Cfr. CASSAGNE, Juan C.: *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, t. II, Pág. 120. La doctrina clásica definía la competencia como la medida de la potestad de un órgano. Cfr. DIEZ, Manuel M.: *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, t. II, pág. 29 y FIORINI, Bartolomé: *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976t. I, pág. 230.

²⁸ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S.: *op. cit.*, pág. 517.

Nación.²⁹

Teniendo en cuenta lo dispuesto por la LNPA en su art. 3° es claro que la competencia se caracteriza por ser objetiva, en cuanto surge de la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos dictados en su consecuencia y ello supone que el origen de toda competencia no queda librada a la voluntad del órgano o del funcionario que lo representa sino que surge del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, las facultades y atribuciones propias de la competencia, tienen por cometido la realización de las funciones que al órgano embestido le impone el ordenamiento jurídico.

En el supuesto tratado por este ensayo, la competencia que la ley orgánica atribuye a la IGJ ha sido **ideada** para que dicho órgano administrativo pueda realizar los cometidos encomendados por la LSC, en cuanto ley formal y de fondo.

La IGJ es un órgano creado para “controlar” y ese es el cometido encomendado. Ahora bien, ¿qué se entiende por “controlar”?, y más puntualmente en relación con la interpretación literal que formula dicho organismo a partir de la remisión efectuada por la ley orgánica 22.315, ¿cómo se debe interpretar la noción de “variaciones de capital”?

Como no podía ser de otra manera, la noción de “control” surge de la propia ley de sociedades comerciales en sus arts. 5° y 6° donde se establece que controlar es comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales. No más ni menos. Por supuesto, tales requisitos legales son los exigidos por la propia ley 19.550 y no los que surgen de la

interpretación literal de una norma orgánica como lo es la ley 22.315.

La IGJ bajo ninguna circunstancia cuenta con competencia para exigir recaudos no contemplados en la LSC tal como sucede en el caso de la RG 11/06 con el control patrimonial de las sucursales de sociedades extranjeras. Ello así, sencillamente porque el órgano administrativo debe cumplir con las funciones que le impone el ordenamiento jurídico positivo (en el caso la LSC).

Ello no significa que se requiera siempre e ineludiblemente de una competencia legal expresa, justamente, dada la posibilidad de que el órgano pueda obrar de conformidad con el ordenamiento jurídico positivo y de acuerdo también con los fines para el que fuera creado, se admite la posibilidad de que la IGJ actúe conforme a lo expresamente atribuido o según el contenido implícito, pero siempre en función del fin de su creación. Fin de su creación que consiste, en términos generales, en controlar el cumplimiento de requisitos legales y no en establecer nuevas exigencias no contempladas por la ley sustantiva en la materia.

De ese modo, el ámbito de la libertad del órgano administrativo va a estar acotado por el fin que emana de la norma y no por el que surja de la voluntad del funcionario. En el caso que nos ocupa, la IGJ tiene por cometido controlar los requisitos legales entendiendo por tales los previstos en la LSC y no por supuesto, crear nuevos.

En síntesis, la remisión literal que efectúa la IGJ del art. 8° al 7° de la ley orgánica 22.315 además de desmotivar el acto administrativo en cuanto tal, deja al descubierto la incompetencia del órgano emisor que carece por completo de atribuciones para agravar los recaudos de las sucursales por sobre las exigencias legales de la LSC.

²⁹ Ello no obsta (tal como ya hemos aclarado oportunamente), a la calificación como inconstitucional del acto administrativo, al resultar afectada la jerarquía normativa y agraviado el principio constitucional de separación de poderes.

c) Una interpretación que subvierte el orden normativo institucional

La ley 22.315 es una ley orgánica que reglamenta el ejercicio de las competencias y funciones del órgano de fiscalización societario en el ámbito específico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por ello se encuentra, en términos de materia objeto de regulación, al mismo nivel jurídico institucional (en la imaginaria pirámide kelseniana) que cualquier Ley Provincial que reglamente el funcionamiento del órgano de control societario respectivo con específica jurisdicción provincial.

Por tanto, si eventualmente una ley orgánica de cualquier jurisdicción provincial concediera atribuciones en violación de la Ley de fondo, se estaría en presencia de una antinomia jurídica cuya puja favorecería, sin duda alguna, a la ley de sociedades ya que es la Ley sustantiva o de fondo la que debe primar sobre cualquier ley orgánica.

Ello, por la simple razón de que cada jurisdicción provincial ha dictado sus propias normas orgánicas en materia de contralor societario y obviamente, las mismas no son más que una reglamentación de las facultades conferidas por una Ley de alcance nacional que integra el Código de Comercio, tal como lo es la Ley 19.550.

Así entonces, de la misma manera que ninguna Ley provincial podría, válida y legítimamente, incorporar a la reglamentación de los órganos locales de contralor societario exigencias que exorbiten a la ley 19.550, tampoco lo podría hacer la ley orgánica 22.315 ni ninguna otra norma que reglamente a la IGJ u organismos análogos.

La ley de sociedades comerciales es el límite infranqueable y todas las normas orgánicas que delinean la actuación de cada uno de los órganos de contralor societario (entre los cuales la IGJ no es más que uno de

los tantos que existen en nuestro país) deben, ineludiblemente, someterse a aquella demarcación.

Consecuentemente, la interpretación pretendida por la IGJ en virtud de la cual se arroga facultades para controlar extremos de las sucursales extranjeras (en punto al patrimonio y al capital asignado) no reconocidas por la LSC, basándose para ello en la remisión efectuada por la ley 22.315, es jurídicamente incorrecta y formalmente inconstitucional porque subvierte el orden normativo institucional (o jerarquía) entre las Leyes nacionales sustantivas de alcance federal (como la ley 19.550 que integra el Código de Comercio) y las leyes provinciales o nacionales con alcance local (como la ley 22.315) y que en el caso, no son más que meras normas orgánicas.

d) Una interpretación asistemática y descontextualizada de la LSC

La ley 22.315 establece en su artículo 3º: “...La Inspección General de Justicia tiene a su cargo las funciones atribuidas por la legislación pertinente al Registro Público de Comercio, y la fiscalización de las sociedades por acciones excepto la de las sometidas a la Comisión Nacional de Valores, de las constituidas en el extranjero que hagan ejercicio habitual en el país de actos comprendidos en su objeto social, estableciendo sucursales, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, de las sociedades que realizan operaciones de capitalización y ahorro, de las asociaciones civiles y de las fundaciones.

Las funciones atribuidas al RPC a cargo de la IGJ comprende comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales (art. 6º LSC), no más ni menos.

De manera tal que siendo la LSC la legislación pertinente a la que alude el art. 3º de la ley orgánica 22.315, es patente que ella delimita el alcance de las funciones registrales atribuidas a la IGJ.

En efecto, con respecto a las funciones de fiscalización, el art. 7° de la ley orgánica 22.315 con relación a las sociedades locales, enumera las atribuciones y comprende: a) *conformar el contrato constitutivo y sus reformas;* b) *controlar las variaciones del capital, la disolución y liquidación de las sociedades;* c) *controlar y, en su caso, aprobar la emisión de debentures;* d) *fiscalizar permanentemente el funcionamiento, disolución y liquidación en los supuestos de los arts. 299 y 301 de la ley de sociedades comerciales;* e) *conformar y registrar los reglamentos previstos en el art. 5° de la ley citada* y f) *solicitar al juez competente en materia comercial del domicilio de la sociedad, las medidas previstas en el art. 303 de la ley de sociedades comerciales.*

Todas esas atribuciones no son una creación de la ley 22.315 sino, simplemente, un compendio de las atribuciones de fiscalización reconocidas por la ley de sociedades al ente de control societario (cualquiera sea) sobre la base del cual, debe ser interpretada sistemáticamente la norma orgánica.

Dicho en otras palabras, la ley 22.315 no sólo es una norma orgánica sometida a la ley de fondo 19.550, sino que además, cabe considerar que en cuanto norma integrante del ordenamiento jurídico no se encuentra aislada sino más bien enlazada, contextualizada y subordinada a la LSC.

Por lo expuesto, el alcance de las funciones de fiscalización respecto a las sucursales extranjeras no surge de la ley orgánica 22.315; sino de la ley de sociedades. Todo control que esta última no concede, aquella primera no debe arrogarse.

Al no surgir de la LSC facultad alguna del órgano de control societario (IGJ, Registro Público de Comercio o el que correspondiere en cada jurisdicción) para controlar o fiscalizar el patrimonio neto positivo o inferior al capital asignado de la sucursal de sociedad extranjera,

la ley orgánica 22.315 mal podría crear dicha competencia so pena de ilegalidad y arbitrariedad³⁰.

La descontextualización normativa que efectúa la RG 11/06 la exponen a una ilegalidad patente, a la nulidad insanable y en última instancia, nuevamente a la inconstitucionalidad por arbitrariedad.

e) La incoherencia con las normas sobre entidades financieras y aseguradoras

La RG 11/06 aquí analizada también luce incoherente con el resto del ordenamiento jurídico en materia de exigencias de capitales mínimos y responsabilidad patrimonial (en el caso, normas legales referentes a sucursales de entidades financieras y aseguradoras)

Para la IGJ, una sucursal con patrimonio neto negativo o positivo pero inferior al capital asignado, deberá “recomponer” tales cifras. Además de los desvaríos interpretativos a los que más adelante nos referiremos sobre la expresión “recomponer”, dichas exigencias resultan absolutamente discordantes con las normas vigentes sobre capitales mínimos y responsabilidad patrimonial de sucursales extranjeras de entidades financieras y aseguradoras.

Así por ejemplo, la sucursal de una entidad financiera extranjera podría tener un patrimonio neto positivo pero inferior a su capital asignado, mientras respete las normas del BCRA sobre capitales mínimos y responsabilidad patrimonial.³¹

³⁰ Sin perjuicio, por otra parte, de ser el acto administrativo general (RG 11/06) dictado a partir de aquella competencia ilegítima, nulo de nulidad absoluta e insanable, por haber sido emitido mediando incompetencia material y violación de la ley aplicable (art. 14 Ley 19.549), en nuestro caso la LSC en su art. 118.

³¹ En efecto, la Ley de Entidades Financieras N° 21.526 en su título III referido a la liquidez y solvencia de las mismas, establece: “Capítulo I, Regulaciones, ARTICULO 30.- Las entidades comprendidas en esta Ley

Entonces, si para el BCRA es irrelevante que el patrimonio neto sea inferior al capital en las sucursales (que por cierto, obligatoriamente deben asignar capital) resulta irrazonable que la IGJ considere imprescindible que el patrimonio neto de una sucursal sea, como mínimo, igual a la cifra de capital asignado aún cuando la misma no requiera legalmente contar con dicho capital.³²

Harto incongruentes resultan las consecuencias previstas por la RG 11/06 en comparación con los supuestos de incumplimiento de los recaudos de capitales mínimos exigidos en cuanto a entidades financieras y de seguros (arts. 34 y 31, Leyes 21.526 y 20.091 respectivamente).

Estas dos últimas normas prevén supuestos de regularización y saneamiento como procedimiento para corregir la violación de la exigencia de capitales mínimos obligatorios.

Por su parte y paradójicamente, la IGJ no brinda una posibilidad semejante.

se ajustarán a las normas que se dicten en especial sobre: (...) e) Relaciones técnicas a mantener entre los recursos propios y las distintas clases de activos, los depósitos y todo tipo de obligaciones e intermediaciones directas o indirectas; de las diversas partidas de activos y pasivos, y para graduar los créditos, garantías e inversiones.” Y seguidamente regula: “Capítulo II, Responsabilidad patrimonial, ARTICULO 32.- Las entidades mantendrán los capitales mínimos que se establezcan.”

³² Cabe señalar que la Com. “A” 4576 del BCRA (BO 02.11.2006) efectuó, recientemente, algunas sustituciones e incorporaciones a las normas sobre capitales mínimos de entidades financieras y a tal efecto allí se detallan los rubros que componen el patrimonio neto que se integra, entre otros conceptos, con aportes no capitalizados, ajustes o utilidades reservadas.

En punto a las entidades aseguradoras, la SSN ha dictado la Res. N° 31.134 (BO 21.06.2006) que reemplaza el punto 30 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora y entre otros detalles dispone, luego de especificar los montos de capitales mínimos por ramas, como se determina el capital computable, previendo al efecto que se tomará el patrimonio neto al que se restará una serie de rubros descriptos en el punto 30.2.1. de dicha Resolución.

Resulta patente entonces la discrepancia de las medidas planteadas por la RG 11/06 en contraste con el régimen más puntilloso y específico de aquellas sucursales que sí tienen capital asignado por obligación legal.

Como consecuencia una sucursal con capital asignado bajo el control de la IGJ debe cumplir con recaudos mucho más exigentes (en términos relativos y comparativos por supuesto) que una sucursal extranjera entidad financiera o aseguradora que ineludiblemente, por disposición legal, debe contar con determinados valores patrimoniales mínimos asignados.

Asimismo, como si tales contradicciones en la estructura normativa del Estado no fuera ya de por sí una desaprensión suficientemente gravosa como para tildar de inconstitucional (por efectuar una reglamentación irrazonable de derechos -art. 28 CN-) y de nulo al acto administrativo general expresado como RG 11/06, es dable tener presente que mientras las normas aplicables a las entidades financieras y de seguros (tanto legales como reglamentarias) detallan cuidadosamente el procedimiento para operar la regularización y saneamiento; por el contrario, la IGJ se ha limitado a expresar que será necesario “...acreditar la recomposición del patrimonio neto o del capital asignado...”, sin conceder explicación alguna sobre el alcance jurídico - contable de tal ‘recomposición’.³³

2. FUNDAMENTOS QUE BUSCAN JUSTIFICAR LAS FACULTADES DE LA IGJ PARA DEMANDAR LA LIQUIDACIÓN DE SUCURSALES CON PATRIMONIO NETO (NEGATIVO)

a) La vía preventiva

³³ Por lo anterior, será menester introducirnos en el concepto de “recomposición” que fuera empleado (pero no explicado en su significación) por la RG 11/06 para procurar desentrañar sus reales o eventuales alcances y operatividad. Ello será abordado en la 2^{da}. parte de este ensayo.

“Que (...) dentro de (...) los alcances de la fiscalización permanente que la ley le atribuye (artículo 8º, inciso b, Ley Nº 19.550), esta INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA debe efectuar las verificaciones necesarias, con base en los estados contables que deben serle presentados (...) o, si se incumplió con su última presentación, de acuerdo con aquellos últimos de que disponga, y en su caso solicitar su recomposición como vía preventiva y tendiente a evitar el ejercicio de la acción judicial tendiente a la liquidación de la sucursal que resulta deducible de acuerdo al artículo 7º, inciso f), de la Ley Nº 22.315 -al que remite el art. 8, inciso b) in fine de dicha ley- en cuanto en las medidas previstas por el artículo 303 de la Ley Nº 19.550 están comprendidas acciones para los supuestos del artículo 94, incisos 4 y 5 de la misma ley (artículo 303 citado, su inciso 3º) las cuales, tratándose de sucursales u otras representaciones de sociedades del exterior, atento a lo dispuesto por el artículo 118, párrafo primero, de la Ley Nº 19.550 y a los alcances de la fiscalización sobre ellas, deben entenderse referidas a la cancelación y en su caso liquidación de aquellas imposibilitadas de funcionar por insuficiencia o carencia (...) de medios económicos...”

Esta motivación carece de causa jurídica puesto que el artículo 303 de la ley 19.550 faculta a la autoridad de contralor para solicitar la disolución y liquidación de sociedades locales que se encuentren operando en territorio argentino con patrimonio neto negativo y, no, la liquidación de sucursales. Siendo el capital social un atributo esencial de la personalidad jurídica es coherente que la ley 19.550 confiera a la autoridad de contralor la facultad de demandar judicialmente la liquidación de sociedades en infracción al régimen del capital social. El sistema encaja a la perfección.

Exigido un capital social para funcionar, si éste queda reducido a cero por pérdidas y la sociedad no reintegra dicho

patrimonio mínimo, nace el derecho-deber de la IGJ de demandar la liquidación del ente societario.

En el caso de sociedades está claro que la pérdida del patrimonio conlleva la necesidad de reintegrar el capital social como cifra de retención hasta, como mínimo, la cifra tolerada por el sistema. Ahora bien, ¿cuál será la cifra de patrimonio neto mínimo de una sucursal?

No puede deducirse de la remisión efectuada por el artículo 8.b de la ley orgánica 22.315 que la IGJ cuenta con facultades para demandar judicialmente la liquidación de sucursales por carecer éstas de patrimonio. Nos preguntamos: ¿son de aplicación a la sucursal de sociedad extranjera los incisos 1º y 2º del artículo 303 de la ley 19.550?, ¿es de aplicación el inciso 3º?

El artículo 303 de la ley 19.550 no se aplica a las sucursales, ni a otro tipo de representaciones permanente en el país por la sencilla razón de que aquellas no cuentan con patrimonio propio. Entonces: ¿porqué el legislador de la ley 22.315 efectuó la remisión del artículo 8.b al 7.f siendo que éste nos llevan sin tropiezo al artículo 303 de la ley 19.550?

En nuestra opinión tal remisión es un verdadero *lapsus calami* del legislador incompatible con la sucursal puesto que a estas representaciones tampoco se les aplican los incisos a), c) o e) del mismísimo artículo 7º. Sucede que el legislador hizo una remisión tan amplia que nada tiene que hacer la IGJ con la conformación de contratos constitutivos (y sus reformas), ni con la emisión de obligaciones negociables (o debentures); y menos aún, conformar reglamentos. Dicho en otras palabras, la RG 11/06 pretende justificarse usando un dispositivo de la ley orgánica 22.315 que además de no guardar coherencia ni relación con el artículo 303 de la ley 19.550, su aplicación resulta dudosa y cuestionable en

el marco de la RG 11/06.

En definitiva, tal como hemos visto, aquí también la interpretación literal de la fundamentación jurídica empleada para sustentar la liquidación de la sucursal por operar con un patrimonio neto negativo, no resiste la crítica de un análisis superador de dicha exégesis, tornando falsa a la causa jurídica invocada al efecto.

3. FUNDAMENTOS QUE BUSCAN JUSTIFICAR LAS FACULTADES DE LA IGJ PARA EXIGIR EL MANTENIMIENTO DE UN PATRIMONIO NETO POSITIVO

En punto a los fundamentos fácticos y jurídicos invocados para el mantenimiento del patrimonio neto positivo, la RG 11/06 trasunta por una serie de viejos mitos sobre el capital (y sus presuntas funciones e implicancias concretas) que reducen los considerandos a un repertorio teórico carentes del imperioso rigor argumentativo que le permita alcanzar el rango de motivación suficiente y certera que la LNPA ordena para calificar como legítimo a los actos administrativos.

A continuación damos cuenta de ellos:

a) *La masa de recursos activos y la garantía directa*

“Que si bien la sucursal en cuanto tal, carece propiamente de patrimonio (...), su actuación requiere de una masa de recursos activos a ser suministrados por la casa matriz (...) por cuanto en la realidad concreta de la contratación y de otras vicisitudes -como responsabilidades de índole extracontractual- (...), la garantía directa con que cuentan los acreedores locales juega sobre esa porción del patrimonio de la matriz afectado a la actuación que se lleve a cabo a través de la sucursal (...).”

Que la actuación de la sucursal exige una masa de recursos activos a ser suministrados por la casa matriz, es una

motivación carente de certeza fáctica. Tal como está planteada la premisa se puede concluir que el capital de trabajo de la sucursal (masa de recursos propios) debe estar apalancado por recursos financieros proveídos por casa matriz. Por supuesto, tal conclusión falta a la verdad sobre el funcionamiento básico de cualquier empresa, sea o no sucursal.

El suministro de capital de trabajo por la sociedad extranjera puede darse dependiendo del caso concreto. Las finanzas admiten que una sucursal pueda operar en nuestro territorio completamente apalancada por terceros ajenos a la casa matriz. La dotación de metálico por la casa matriz como -*condictio sine qua non*- para que la sucursal desarrolle su actividad se presenta en la hipótesis de operaciones deficitarias; vale decir, cuando los costes operativos (gastos comerciales, administrativos, financieros, etc) fueren superiores al precio de venta de los bienes o servicios.

Si los resultados económicos de la sucursal son positivos aquella no precisa de la casa matriz para operar. Desde esta visión no encontramos diferencia alguna entre financiar una sucursal o financiar una sociedad local.

Ahora bien, desde la óptica jurídica sí encontramos una diferencia importante: mientras los socios de la sociedad están obligados a cubrir las pérdidas para evitar la disolución (art. 96 LSC) -si las pérdidas absorben todo el patrimonio-, en el caso de la sucursal las pérdidas no encuentra techo alguno pudiendo acumularse *per secula seculorum*. Así lo comprendió el legislador de la ley 19.550 en el entendimiento de que la sociedad extranjera responde con su patrimonio.

Por otra parte, que la garantía directa con que cuentan los acreedores locales juega sobre la porción del patrimonio de la matriz afectado a la actuación de la sucursal en territorio argentino es otra motivación carente

de sustento jurídico.

Bajo el Derecho societario argentino las sociedades extranjeras que eligen invertir asentando en nuestro territorio una sucursal no están obligadas a ofrecer a los acreedores locales ninguna garantía directa por su actuación en la República. Nada de ello dispone la ley 19.550, ni la ley 24.522. Siendo esto así, la IGJ carece de competencia para contrariar estas fuentes legales.

Ni el patrimonio neto resultante de los estados contables de la sucursal, ni las remesas de activos imputadas contablemente a capital asignado operan bajo el Derecho Societario Argentino como garantía, ni como cifra de retención de manera tal que la causa legal no es certera.

En los únicos supuestos donde el capital asignado opera como garantía directa es en los supuestos de "las leyes especiales" citadas por el artículo 118, tercer párrafo de la ley 19.550 sirviendo como botón de muestra el artículo 13 de la ley 21.526 de entidades financieras y el artículo 30 de la ley 20.091 de seguros a los que ya hemos aludido precedentemente.

b) El capital asignado y la función de garantía

Cuando el art. 7.b de la ley orgánica 22.315 impone a la IGJ controlar las "variaciones de capital" para las sociedades locales dicho dispositivo parte del presupuesto legal (la ley de sociedades 19.550) de que todas las sociedades deben contar con un patrimonio neto mínimo equivalente a la cifra de capital social. Cualquier alteración de ese patrimonio neto mínimo (sea por aumento o por reducción) debe pasar el *test* de legalidad de la IGJ por los efectos externos e internos que pone en juego el instituto del capital social.

En el caso de sociedades locales ese neto mínimo tolerado por el sistema jurídico

no es otro que la cifra de capital social admitida por el artículo 186 de la ley 19.550.

Si continuamos analizando el *test* de tolerancia veremos que el sistema no es tan rígido para las sociedades locales puesto que se admite que ese mínimo quede reducido a más del 50% por pérdidas, siendo forzoso reducir nominalmente la garantía reflejada en los estatutos.

Nuestro legislador sólo exigirá nuevos aportes cuando dicha garantía quede totalmente consumida por pérdidas esfumándose todo el neto patrimonial. En este escenario se exige devolver consistencia al patrimonio mínimo de retención mediante un aumento o reintegro de capital social.

Tengamos en cuenta que si la sociedad decidiera reducir dicha garantía reembolsando capital, la ley sólo exigirá comunicar a los acreedores la reducción de la cifra de retención para que aquellos puedan ejercer el derecho de oposición.

Toda esta batería de opciones se enmarca dentro de los artículos 94, 96, 203, 204, 205 y 206 de la ley 19.550 aplicable a sujetos de derecho con personalidad y, por ende, con patrimonio. Las opciones indicadas también se enmarcan y son coherentes con la llamada "función de garantía del capital social" que busca dotar al patrimonio de la sociedad con un mínimo de consistencia y efectividad (independientemente, por supuesto, de nuestras ya reiteradas suspicacias -en otras publicaciones- sobre la mentada función garantizadora³⁴).

³⁴ Vid. DI CHIAZZA, Iván G.: "La insuficiente capitalización de sociedades. Una historia de prejuicios conceptuales...", ED, 13 de mayo de 2004, pág. 1 y s.s. DI CHIAZZA, Iván G.: "La infracapitalización societaria y la certeza declarada de oficio. Una reflexión (sistemática) en torno de la Resolución General 9/2004 de la I.G.J." (primera parte), ED, 24 de septiembre de 2004, pág. 1 y s.s. y segunda parte, ED, 20 de octubre de 2004, pág. 1 y s.s.

Las normas citadas buscan proteger esa función de “salvaguarda del crédito” dada la importancia que tiene el capital social en un régimen de limitación de responsabilidad. Es literatura jurídica clásica en el Derecho societario continental europeo y latinoamericano que a la franquicia de ilimitación de responsabilidad le corresponde, simétricamente, un patrimonio neto mínimo de retención conocido como: capital social.

Vale decir que el capital social se enmarca como institución del derecho societario y, como tal, es uno de los elementos esenciales para la constitución, funcionamiento y existencia del ente ideal. En otras palabras el capital social hace al atributo de la personalidad: sin capital social no hay persona.

A pesar del celo puesto por el legislador para someter a los entes sociales a un régimen riguroso de capital social (artículos citados anteriormente más los artículos 188, 194, 220, 223, 234, 235, y otros) y su correspondiente control administrativo de variación (artículo 7 y 8 de la ley 22.315) observamos por otro lado (y sin sorprendernos) la más absoluta indiferencia respecto del capital asignado de sucursales de sociedades extranjeras. ¿Se trata de otro *lapsus calami* del legislador?

La respuesta negativa es evidente y obvia.

Congruente con el régimen de personalidad y patrimonio, el legislador de 1972 y 1983 consideró innecesario (y quizás contradictorio) exigir a las sucursales de sociedades extranjeras un capital asignado, y menos aún, pedirles que conserven en territorio nacional un patrimonio neto mínimo.

Es que mirado el problema del capital asignado con los riesgos asociados que implica la contratación de los locales con sucursales de sociedades extranjeras, el capital asignado

resulta indiferente puesto que desde la perspectiva legal, y desde los principios generales del derecho societario, la asignación de capital de una sucursal no cumple función de garantía alguna, ni está sometida a principios de consistencia ni efectividad.

Puesto el ojo sobre el capital asignado y su relativa importancia para la protección del crédito, el legislador sólo ha dicho que corresponderá asignarlo cuando leyes especiales así lo demanden. Estas exigencias se presentan en mercados masivos de consumo como la banca y los seguros donde la asignación de capital a sucursales tiene una clara función de garantía para quienes realizan depósitos o toman seguros. La asignación de capital (mejor dicho de patrimonio³⁵) en estos casos “especiales” tiene por objetivo dotar a la sucursal de una mínima solvencia. Fuera de estos casos “especiales” la asignación de capital no cumple función de garantía alguna.

En definitiva, la RG 11/06 modifica al Derecho societario de las sucursales de sociedades extranjeras. Que quede claro: nuestro legislador no impone la asignación de un capital a las sucursales ni a otras representaciones permanentes, ni mucho menos el mantenimiento de un patrimonio positivo por la sencilla razón de que los acreedores nacionales podrán agredir activos de la matriz localizados en cualquier lugar del planeta; aún cuando el artículo 4 de la ley 24.522 pueda resultar ineficaz para los acreedores nativos.

No abrigamos ninguna duda de que el régimen de la ley de sociedades comerciales 19.550 tuvo por objetivo patrio lograr una adecuada canalización de la inversión de capital de riesgo y de protección del crédito

³⁵ Cabe tener presente que la mención de capitales mínimos que realizan las leyes especiales (en materia de entidades financieras y aseguradoras) en rigor, no aluden al concepto de capital social o capital asignado sino que refieren a un mínimo patrimonial, compuesto desde luego, no sólo por capital social (o asignado), sino también por reservas, aportes irrevocables, etc.

(contractual o extracontractual) poniendo al alcance del inversor extranjero diferentes tipos societarios y vehículos jurídicos.

No abrigamos ninguna duda de que el régimen de la ley de sociedades comerciales 19.550 puso al alcance del inversor extranjero dos vehículos jurídicos para canalizar su inversión de riesgo: 1) la constitución de una subsidiaria local totalmente controlada con personalidad, limitación de responsabilidad, capital y patrimonio propio, o 2) la formación de una sucursal, agencia o representación sin dichos atributos.

No abrigamos ninguna duda de que el régimen de la ley de sociedades comerciales 19.550 puso al alcance de los acreedores nacionales la posibilidad de vincularse con el inversor extranjero a través de dichos vehículos jurídicos asumiendo los costes y los riesgos de cada una de esas opciones.

Si el legislador hubiere considerado necesario dotar al capital asignado de una función jurídica de garantía así lo habría hecho... tampoco abrigamos ninguna duda de ello.

La mera imputación contable de un recurso propio de la casa matriz como capital asignado de la sucursal, no tiene bajo el Derecho societario argentino los efectos jurídicos garantizadores pretendidos por la IGJ.

Siendo ello así se aplica la siguiente máxima: *"Ubi lex voluit dixit, ubi nolui tacuit"*, o sea, cuando la ley lo quiere lo dice, cuando no lo quiere calla.

"Que es una derivación de la decisión de la casa matriz y de la función de garantía indirecta del capital asignado, que la porción patrimonial retenida por la cifra de capital asignado, no puede ser retirada del tráfico local sin una previa observancia adecuada de los derechos de los acreedores...".

"Que (...) los acreedores tendrán conocimiento desde un principio -a través del hecho negativo de no existir en el Registro Público de Comercio ninguna inscripción de capital asignado- de que no podrán contar con la expectativa -inmediatamente protegida- que una parte de aquellos recursos deba quedar retenida o indisponible...".

Lo insólito, es que en nuestro régimen dicha retención e indisponibilidad no existe para el capital asignado de una sucursal de sociedad extranjera. El capital asignado de una sucursal no representa, en términos económicos, bienes retenidos ni indisponibles.

Suponiendo, hipotéticamente, que una asignación de capital significara un incremento del activo de la sucursal extranjera (caja) al momento de realizarlo, nada impide que al día siguiente de dicho ingreso (o al instante siguiente) la sucursal utilice ese activo (caja) que ingresó como capital para comprar y pagar sólo la cuarta parte del valor de un bien de uso y por ende, la sociedad asuma una deuda por las tres cuartas partes restantes del valor de ese bien de uso y que, paralelamente, resultará gravado a favor del vendedor.

En consecuencia, los recursos que formaron parte de ese capital asignado no representan nunca bienes retenidos e indisponibles ya que la empresa goza de la libre disponibilidad económico-productiva de los mismos, pudiendo consumirlos, invertirlos a largo plazo o sencillamente aplicarlos a la actividad diaria como capital de trabajo.

En nuestro sistema jurídico, por más alto o altísimo que fuera el capital asignado de una sucursal, ello no garantiza la cobertura de eventuales créditos por la muy sencilla razón de que los bienes que ingresaron en concepto de capital (vgr. en caso de aportes en especie de bienes de uso o de cambio) o los bienes posteriormente adquiridos (en el supuesto de aportes en efectivo) pueden resultar gravados

con cuanto derecho real de garantía estén dispuestos a aceptar los acreedores invulnerables que negocien con dicha sucursal. Más aún, los bienes que representan a ese capital podrían (y de hecho lo son) invertidos en proyectos de nuevos negocios que podrían resultar frustrados y por ende, los bienes en cuestión resultarán perdidos.

Desde luego, la retención e indisponibilidad a la que pretende referir la RG 11/06 no es sino la indisponibilidad jurídica de la cifra de capital en punto a su devolución y/o reducción (en un razonamiento análogo con las sociedades locales); sin embargo, tal como se ha explicado, aún con dicha restricción jurídica a la reducción, lo cierto es que en términos operativos y económicos los bienes (en especie o efectivo) que integran parte del capital asignado de la sucursal son total y absolutamente disponibles, pudiendo los mismos incrementarse o disminuirse por el tráfico comercial ordinario e incluso resultar gravados a favor de determinados acreedores, con lo cual, la *expectativa que una parte de aquellos recursos deba quedar retenida o indisponible* (cons. 17º) que según la IGJ tienen los acreedores de esa sucursal, en realidad no es más que una mera ilusión y por tanto, la misma carece de la entidad requerida como para asumir rol de causa de hecho de un acto administrativo como la RG 11/06.³⁶

En definitiva, así como la función de garantía del capital asignado es un deseo inoperante, de igual manera, la retención de

³⁶ La RG 11/06 ha explicitado la *función de garantía indirecta del capital asignado*, refiriéndola a la *porción patrimonial retenida por la cifra de capital asignado* (cons. 15º). Lo cierto es que dicha porción patrimonial presuntamente retenida (al no poder ser restituida libremente a la casa matriz) bien puede (y suele) encontrarse sujeta a garantías especiales a favor de los acreedores invulnerables de la sucursal, por ende, dicho capital (o mejor dicho los bienes que lo representan) no garantizarán a la generalidad de los acreedores de la sucursal, sino sólo a quienes tuvieron la precaución y la posibilidad de constreñir tales bienes con específicas garantías.

bienes que el mismo implicaría es de una relatividad tal que ningún acreedor podría, mantener una *expectativa* razonablemente, *ergo*, no estamos en presencia de una motivación suficiente y certera que permita legitimar el acto administrativo bajo la figura de la RG 11/06.

c) *Patrimonio neto negativo: entre la inactividad y las garantías*

“Que el patrimonio neto negativo de una sucursal “...no sólo constituirá un indicador de la inactividad de la sucursal sino la evidencia de que, en los hechos, los acreedores locales no podrán percibir sus créditos...”

Que el patrimonio neto negativo es un indicador de inactividad es autocontradictorio. Si la sucursal no tiene actividad carece de aptitud para generar pérdidas. Si el patrimonio neto negativo implica inactividad y dicha inactividad implica que no se pueden generar pérdidas, entonces no hay traslación de riesgos a terceros. Si esta es la conclusión: ¿de qué sirve velar por supuestos derechos creditorios de una representación permanente que no genera contingencias? En nuestra opinión, el patrimonio neto negativo es todo lo opuesto: un claro indicador de una actividad; pero de una actividad que ha generado pérdidas.

En virtud de la afirmación del considerando antes citado y a *contrario sensu*, la IGJ sostiene entonces que un patrimonio neto positivo aseguraría a los acreedores la percepción de sus créditos...

La tajante afirmación de la RG 11/06 en cuanto nueva exposición causal es tanto fáctica como jurídicamente relativa y rebatible, por ende, una vez más no ha sido satisfecho el recaudo elemental y esencial de motivación certera.

En efecto, pretender que en razón de

un patrimonio neto negativo un acreedor no podrá, forzosamente, percibir sus créditos es de una relatividad financiera y económica palmaria. Igualmente, pretender a *contrario sensu* que un patrimonio neto positivo sí asegura a los acreedores el cobro de sus acreencias es más relativo aún.

Para poner de manifiesto dicha relatividad, vale tener presente una serie de premisas elementales propias del desenvolvimiento de cualquier empresa y a las cuales, la motivación de un acto administrativo no debe dar la espalda si anhela brindar soluciones efectivas basadas en causas certeras y no en meras suposiciones dogmáticas, en aras de estructurar una motivación fundada y suficiente.

Tales premisas rezan: (i) un patrimonio neto positivo no garantiza la satisfacción de los créditos de ningún acreedor y (ii) un patrimonio neto negativo no implica *per se* que los acreedores locales de la sucursal no podrán percibir sus créditos.

Con respecto al primer punto un patrimonio neto positivo no garantiza la satisfacción de los créditos de ningún acreedor por la sencilla razón de la existencia de gravámenes y garantías reales que enlazan el bien a determinado acreedor invulnerable substrayéndolo de la 'prenda común'.

En aras de recalcar la idea, cabe tener presente que los activos generadores de los flujos de caja necesarios para honrar los créditos de los llamados acreedores vulnerables (trabajadores, proveedores, acreedores extracontractuales y otros) pueden contar con gravámenes o garantías reales a favor de otros acreedores llamados no vulnerables (vrg. bancos o prestamistas profesionales) substrayéndolos así de la 'prenda común'. O sea, un patrimonio neto positivo no implica que los activos alcanzarán a cubrir el pago de los acreedores vulnerables. Este razonamiento se aplica *vis a vis* a una sucursal

como a una subsidiaria.

Ahora bien, la diferencia sustancial es que si los activos de la sucursal no alcanzan para satisfacer al acreedor local, éste podrá agredir activos de la sociedad extranjera (vrg. cuentas a cobrar, inversiones, bienes de uso, bienes de cambios, etc) depositados, acreditados, o situados en New York, Río de Janeiro, Londres, Botswana, o donde sea.

Entre una sucursal con todo su patrimonio gravado y una subsidiaria en idéntica situación, estará mejor parado el acreedor vulnerable de la primera. Mientras el acreedor de la subsidiaria absorbe todo el riesgo de crédito asignado a la subsidiaria (riesgo país mediante); el mismo acreedor, pero, de una sucursal, tendrá la opción de distribuir dicho riesgo con la expectativa de agredir bienes de la sucursal o activos del grupo ubicados en extraña jurisdicción. Esta es la garantía directa que le ofrece la sociedad extranjera al acreedor local y es por este motivo que la ley 19.550 calla la necesidad de asignarle y, menos aún, obligarla a mantener en nuestro suelo un patrimonio neto positivo.

No desconocemos lo arduo y complejo; como así tampoco los costes que implica gestionar, perseguir y hacer efectivo ese cobro. Tampoco ignoramos la complejidad de pretender cobrar un crédito para el caso de insolvencia de la sociedad extranjera si los bienes situados en nuestro territorio no alcanzan. Ahora bien, como al sol no se lo puede tapar con las manos, debemos aceptar que estas reglas de juego se imponen a todos quienes se vinculen contractual (o extracontractualmente) con una sucursal.

El legislador de la ley 19.550 ha optado por dejar en manos de los operadores tomar dichos riesgos, sean vulnerable o no.

Que quede claro, no nos referimos a un juego malvado y perverso pergeñado por Satanás desde el averno; sino a las reglas de

juego que impone el Derecho positivo societario y falencial patrio (art. 4° LCQ), y que la IGJ no puede modificar, alterar, torcer o derogar.³⁷

En lo atinente a la segunda premisa aludida, aquella por la cual se sostiene que un patrimonio neto negativo no implica *per se* que los acreedores locales de la sucursal no podrán percibir sus créditos, la misma nos coloca de cara a analizar las implicancias contables, económicas y financieras del patrimonio neto negativo.³⁸

En términos contables básicos las pérdidas reflejan la salida o consumo de activos o el incremento de pasivos. La pérdida no necesariamente se asocia a una deuda ya que un gasto determinado pagado en efectivo será una pérdida producida por el consumo del activo (en el caso disminución de caja) más no implicará un incremento del pasivo ya que ninguna deuda se ha asumido.

De igual manera por ejemplo, la mercadería que por determinada razón no puede ser vendida y debe ser destruida supondrá una pérdida pero no el incremento de un pasivo en sí mismo. Desde luego, si la empresa ha incurrido en un gasto determinado (vgr. servicios profesionales) que adeuda para el año entrante, sí tendrá una pérdida contable (el gasto) que deberá registrar en razón de la vigencia del principio contable de lo devengado pero que a la vez se traducirá en una deuda que incrementará el pasivo toda vez que el servicio profesional en cuestión se abonará en el ejercicio venidero.

³⁷ Ejemplo de ello lo indica la propia RG 11/06 donde se cita como fuente el modelo brasileño que impondría una suerte de garantía patrimonial de la sucursal extranjera. Sin embargo, dicha función jurídica de garantía emergería del código civil brasileño y de la ley 10.406/02. De esta forma confirmamos que esta función jurídica debe nacer de la "ley" y no de una norma administrativa.

³⁸ Desde luego, estas creencias hunden sus raíces muy profundo en nuestra cultura jurídica, al punto de que sustentan la idea de la norma contenida en el art. 94, inc. 5 y 206 de la LSC. Por razones de orden metodológico, su análisis y crítica espera para otra oportunidad.

En razón de todo lo dicho, la afirmación de la RG 11/06 acerca de que el patrimonio neto negativo de una sucursal será una "...evidencia de que, en los hechos, los acreedores locales no podrán percibir sus créditos..." es, contablemente, infundada.

Concluir que debido a un patrimonio neto negativo el acreedor local no podrá percibir su crédito es una muestra elocuente del poco esfuerzo de la autoridad administrativa de control para comprender la dinámica de las finanzas corporativas.

Llama la atención esta visión distorsionada de la realidad y de las finanzas aún cuando el mercado argentino ha dado muestra rotunda (luego del *Default*) de que empresas y sucursales con patrimonios netos negativos cuantiosos (con o sin plan de reestructuración de pasivos mediante) han honrado sus pasivos... y los siguen honrando... pagando a los acreedores vulnerables y a los invulnerables.³⁹

d. La permanencia del capital asignado de manera voluntaria

"Que implicando esa cifra una retención e indisponibilidad de bienes (...) que la sociedad del exterior decide autoimponerse para su actuación a través de la sucursal, corresponde interpretar que de la efectividad del capital asignado debe derivarse algún grado de protección de las relaciones negociales emergentes de tal actuación".

La mera asignación contable de fondos a una cuenta denominada "capital" -cuando dicha asignación es realizada por la casa matriz de manera voluntaria- no tiene por efecto darle a esa asignación contable una imputación jurídica como si se tratara de capital social.

³⁹ En muchos casos los vulnerables (especialmente proveedores) han recibido sus acreencias sin alterar un centavo las condiciones de pago.

Imputar a las remesas semejante efecto jurídico significa dotar a dichos fondos efectos jurídicos garantísticos propios y exclusivos de otro instituto: el capital social.

La asignación voluntaria de fondos a la cuenta contable "capital asignado" no significa la autoimposición de ningún tipo de indisponibilidad o retención. A lo sumo, podrá ser una expresión de deseo manifestada en la RG 11/06 pero no la expresión clara de la ley 19.550.

"Que (...) la asignación de capital representa la fijación en un mínimo o "piso" permanente -mientras la cifra no sea variada o también eliminada (...), de modo que (...) el patrimonio neto de la sucursal (...) únicamente podrá ser igual o fluctuar por encima de la cifra fijada."

Es de notar que la aludida "permanencia" impone a las sucursales la obligación de "mantener" en el patrimonio -como mínimo- la cifra de capital asignado prometido. Tal extremo somete a la sucursal a una obligación de permanencia del capital asignado que sobrepasa por todos los rincones las exigencias de la ley de sociedades comerciales 19.550.

Parecería ser que la única hipótesis que la IGJ admitiría como quiebre o perforación de la cifra permanente de capital asignado sería frente a una situación de pérdidas. Tal conclusión surgiría de los artículos 2.2 y 6.3 de la RG 11/06.

No hemos encontrado en la ley de sociedades ningún dispositivo que imponga a la sucursal de sociedad extranjera semejante atadura al capital asignado, deviniendo infundada la motivación expresada por falta de causa jurídica, o cuanto menos falsa.

"Que la sola circunstancia de que la asignación del capital se haya efectuado

voluntariamente no funda la procedencia de una inteligencia de su función distinta (...) de la que resulta de normas especiales que importan la exigencia de radicarlo y mantenerlo (artículos 13 de la Ley N° 21.526 de entidades financieras, 30 de la Ley N° 20.091 sobre entidades aseguradoras y su control y 29 del Decreto N° 143.277/43 sobre sociedades de capitalización)..."

Todo lo contrario, la ley de entidades financieras y la ley de seguros exigen a las sucursales de bancos y aseguradores extranjeras la asignación de un capital (en rigor conceptual, patrimonio) como consecuencia de las normas de liquidez y de solvencia (normas LISOL) que rigen el sistema financiero y asegurador. En el caso de los bancos, por ejemplo, la asignación de un capital (patrimonio) tiene por objetivo cumplir con pisos mínimos de responsabilidad patrimonial computable y que hacen a la capacidad prestable de la entidad para llevar a cabo operaciones activas y pasiva (normas OPAC y OPASI).

Es, en congruencia con este sistema, que el artículo 118 de la ley de sociedades comerciales 19.550 refiere al capital asignado por "leyes especiales" y para las cuales, insistimos, no refieren a capital social (ni asignado) sino a mínimos patrimoniales. La exigencia de radicar y mantener capitales para intermediar en la oferta y demanda de dinero nada tiene que ver con exigirle mantener un capital a una sucursal de una empresa manufacturera. Y en modo alguno, la asignación voluntaria no puede ser interpretado como una autoimposición, cuando el régimen legal del capital asignado de sucursales de sociedades extranjeras, nada indica al respecto.

En consecuencia, nuevamente quedan al descubierto la no sustentabilidad de las causas alegas lo cual, determina la ausencia de la motivación fundada, certera y suficiente.

Para seguir avanzando cabe formular la siguiente pregunta: Si la ley 19.550 nada dijera sobre el capital asignado pero la ley 21.526 lo exigiera como ley especial, ¿podría la IGJ imponer a las sucursales semejante requisito de permanencia?

La respuesta es negativa.

Ahora bien, el artículo 118 de la ley 19.550 menciona el capital asignado exigido por leyes especiales (régimen imperativo y mandatorio) dejando a un costado la asignación voluntaria; *ergo*, la asignación libre de un capital no implica obligación de mantenerlo permanente. Dicha recaudo de permanencia debe surgir de una "ley" tal como sucede con los bancos y las compañías de seguros (*vid.*, artículos 13 de la Ley N° 21.526 de entidades financieras, 30 de la Ley N° 20.091 sobre entidades aseguradoras).

Las normas citadas como fuente de derecho para fundar la permanencia del capital asignado nos parece adecuada como causa jurídica de un decreto del Poder Ejecutivo reglamentando el artículo 118, 3° párrafo de la ley 19.550, más no para fundar una resolución administrativa de carácter general de la IGJ.

La verdad empírica y jurídica pone de manifiesto que la obligación de permanencia debe surgir del Congreso Nacional pues hace a la función jurídica de garantía del capital y no de una resolución administrativa dictada por un ente burocrático del Estado Nacional con exclusiva jurisdicción en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con lo cual, ahora además se suma la incompetencia manifiesta del órgano emisor de la RG 11/06 para exigir recaudos no mencionados en la ley de fondo, en un todo conforme al desarrollo realizado en el subtítulo 1.- a) La incompetencia de la IGJ, de la primera parte de este ensayo.

V. Nuevo régimen

administrativo de capital asignado y de recomposición patrimonial.

1. LA PÉRDIDA DEL PATRIMONIO

La RG 11/06 coloca especial énfasis en un nuevo régimen administrativo sobre la pérdida del patrimonio de la sucursal de sociedad extranjera y para ello regula dos situaciones bien concretas: (A) pérdida total del patrimonio (con o sin capital asignado) y, (B) pérdida parcial del patrimonio (sí o sí con capital asignado).⁴⁰

El nuevo escenario comprende las siguientes hipótesis: (a) pérdida total del patrimonio, la cual a su vez puede descomponerse en otras dos subsituaciones: (a.i) pérdida total del patrimonio sin capital asignado y (a.ii) pérdida total del patrimonio con capital asignado y, (b) pérdida parcial del patrimonio. Frente a estas situaciones la norma administrativa ordena lo siguiente:

(a.i) Pérdida total del patrimonio sin capital asignado: Recomponer el patrimonio perdido o liquidar la sucursal.

(a.ii) Pérdida total del patrimonio con capital asignado: Recomponer el capital, liquidar la sucursal o dejar sin efecto la asignación de capital.

(b) Pérdida parcial del patrimonio (con capital asignado): Recomponer el capital, dejar sin efecto la asignación de capital, reducir el capital con cargo a pérdidas contables o reducir el capital más allá del monto de las pérdidas acumuladas.

A continuación analizamos cada una de

⁴⁰ Decimos pérdida parcial porque el capital asignado sería el patrimonio neto mínimo de la sucursal. Es respecto de esa cifra que se mide esa parcialidad como sucede con las sociedades.

las situaciones señaladas:

a) *Pérdida total del patrimonio: ¿recomponer?*

La solución pergeñada por la RG 11/06 para el caso de pérdida total del patrimonio y en tanto, liquidar la sucursal de la sociedad extranjera no fuera la opción escogida, consiste en “recomponer” el patrimonio.

El término empleado por el órgano de contralor no tiene apoyatura técnico jurídica ni le hemos encontrado en la ley de sociedades comerciales 19.550. Por lo que se descarta una acepción técnica precisa; *ergo* para imaginar su significado deberíamos comenzar por el sentido ordinario que le asigna la lengua de Cervantes.

¿Habría querido decir reintegrar?

Para nuestra lengua, *recomponer* significa *reparar o componer de nuevo*.

Sobre esta base lingüística y (no jurídica) podríamos interpretar que la expresión *recomponer* supone reparar el patrimonio neto perdido, ya sea una pérdida total o parcial. Si esta es la conclusión veremos que la recomposición del capital o del patrimonio es una situación mucho más severa y gravosa que **el expediente de** reintegro de capital (vid., art. 96 LSC). Veámoslo con los siguientes ejemplos:

a) *i.- Patrimonio neto sin asignación de capital*

Recursos propios al inicio:	100.000
Pérdidas acumuladas	-200.000
PN al cierre	- 100.000

De acuerdo con la norma la recomposición del patrimonio neto en términos positivos implica que la casa matriz deberá remesar a la sucursal 200.000 destinados a absorber pérdidas “recomponiendo” el signo positivo del patrimonio neto con los valores al

inicio del ejercicio, ya que una recomposición en virtud de la cual el patrimonio neto quedara en 0 (vgr. en nuestro ejemplo por medio de la remesa de 100.000) no sería suficiente para el organismo de contralor que reclama la recomposición del patrimonio en términos positivos.

No surge de la norma el “valor de la recomposición” en caso de que no hubiera asignación de capital. Vale decir, la RG 11/06 no indica expresamente si se podría recomponer el patrimonio a una valor positivo (sobre 0) pero sin necesidad de alcanzar el nivel que dicho patrimonio tenía al inicio del ejercicio. ¿Se podría?

Avanzando más aún y siguiendo con el ejemplo inicial: ¿podría ser, la recomposición patrimonial, de 100.001 y no de 200.000 que era el monto necesario para alcanzar a recuperar la cifra del patrimonio neto al inicio del ejercicio?

Dicho en otras palabras: ¿Recomponer implica componer nuevamente al valor patrimonial del inicio del ejercicio?, o acaso, recomponer también podría implicar componer a un valor positivo aún cuando el mismo fuera inferior al valor patrimonial del inicio.

a) *ii.- Patrimonio neto con asignación de capital*

Partimos nuevamente de un ejemplo:

Capital asignado al inicio:	100.000
Pérdidas acumuladas	-100.000
PN al cierre	-100.000

La recomposición del patrimonio neto en términos positivos implica que la casa matriz deberá remesar a la sucursal 200.000 destinados a absorber pérdidas “recomponiendo” el signo positivo del capital asignado.

Si estuviéramos frente a una subsidiaria regida por la figura del reintegro de capital del

artículo 96 veremos que el aporte de los socios en este ejemplo podría ser de 112.000 puesto que la obligación se reduce a realizar un aporte a fondo perdido para absorber pérdidas pudiendo reintegrar parcialmente el capital social hasta una cifra mínima (en nuestro ejemplo, la mínima legal).

En consecuencia, la recomposición del capital asignado no significa reintegro de capital social ni puede ser confundido. No son sinónimos ni se parecen genéticamente. Tal conclusión surge clara de la motivación de la RG 11/06: *“Que (...), la asignación de capital representa la fijación en un mínimo o “piso” permanente (...) únicamente podrá ser igual o fluctuar por encima de la cifra fijada.*

b) *Pérdida parcial del patrimonio.*

b.i) *¿Reducir capital asignado?*

Frente a una pérdida parcial del patrimonio neto mínimo (o sea la cifra del capital asignado) la RG 11/06 también se excede y somete a las sucursales a un régimen de severidad inédito comparado con el régimen de capital social de las subsidiarias.

La perforación del capital asignado no admite paciencia ni tolerancia por la autoridad de contralor. Mientras el legislador tolera que una subsidiaria pueda perder todo su patrimonio mientras conserve -como mínimo- el 50% del capital social, la IGJ nos dice que el patrimonio neto de una sucursal nunca podrá ser inferior al capital voluntariamente asignado. Cualquier pérdida obliga a reducir la cifra de capital o, en su caso, recomponerlo; sin perjuicio de ejercer la opción de eliminar el capital o la más extrema, liquidar la sucursal.

b.ii) *¿Reembolso de capital asignado?*

Ante el supuesto de pérdidas contables, la sucursal puede reembolsar capital mediante remesas a la casa matriz. Tal conclusión surge del artículo 3.2 al admitir -como medida de

sinceramiento patrimonial frente a pérdidas contables- la posibilidad de reducir capital “...a un valor inferior al patrimonio neto...”.

Otro ejemplo basta:

Capital asignado al inicio	100.000
Pérdidas acumuladas	<u>-50.000</u>
PN al cierre	50.000

Frente a este escenario, la autoridad de contralor autoriza que el capital sea reducido con cargo a pérdidas a un valor igual al patrimonio neto (en nuestro ejemplo hasta 50.000) o, más allá de esa cifra. La pregunta es: ¿resulta razonable admitir el reembolso del capital cuando el sistema legal no fija un piso de permanencia mínimo?

La respuesta es positiva si uno se aferra al artículo 118 de la LSC; ahora bien, cuando se revisa la motivación de la RG 11/06 no se puede menos que concluir que dicha libertad de disposición es inconsistente con la proclamada función de garantía del capital asignado voluntariamente, máxime cuando la posibilidad de reducirlo va más allá de las pérdidas. La incongruencia es patente.

Mirado el problema de las pérdidas contables desde la óptica del artículo 206 de la LSC observamos que tampoco hay impedimento para que una subsidiaria reduzca la cifra de capital social más allá del 50% como reducción voluntaria en los términos del artículo 203 y 204; pero siempre y cuando ese reembolso no perfore el mínimo legal imperativo.

Siendo que ese mínimo imperativo no lo encontramos en las sucursales la reducción del capital asignado puede llevarlo a cifras que terminan socavando las propias bases del argumento garantístico del capital asignado. Con lo cual, la solución de la RG 11/06 luce, en este punto, absolutamente contradictoria de la proclamada función de garantía.

c) *Alternativas de recomposición patrimonial*

El art. 3° punto 2. de la Res. Gral. 11/06 establece que en caso de no recomponer el patrimonio la sucursal podrá: (i) solicitar la cancelación de la inscripción en el RPC; (ii) inscribir la decisión de dejar sin efecto la asignación de capital o (iii) reducir la cifra del capital asignado a un valor igual o inferior al patrimonio neto.

Evidentemente, la alternativa (iii) surge de la asimilación implícita que realiza la Res. Gral. 11/06 con respecto al sistema diseñado por la LSC en punto a la disolución por pérdidas (art. 94, inc. 5 y 96) y reducción obligatoria de capital por pérdidas (art. 206) para las sociedades locales.

Sin perjuicio de la intrascendencia financiera, junto a la contradicción e inutilidad jurídica de la exigencia legal referida a las pérdidas contables⁴¹, lo cierto es que el sistema previsto para las sociedades locales presenta una serie de detalles que la Res. Gral 11/06 no ha contemplado, como ser por ejemplo, el rol de las reservas patrimoniales y el porcentaje de su cómputo.

En efecto, según la resolución comentada, la IGJ no inscribirá en el RPC la asignación o incremento de capital que soliciten las sucursales extranjeras si de sus estados contables resultaran pérdidas acumuladas no absorbidas por el valor de los recursos aplicados por la sociedad matriz a la integración del capital asignado (art. 8° Res. Gral 11/06).

Obsérvese que se compara sólo el valor

⁴¹ En efecto, el sistema de reducción obligatoria por pérdidas del art. 206 LSC por ejemplo, es contradictorio ya que reducir la cifra nominal del capital social de modo proporcional a la eliminación de las pérdidas, cuál forma de sanear patrimonialmente a la compañía, es mera cosmética contable con nulo impacto real económico y financiero, pero... lo ordena la ley. En otra ocasión retomaremos y desarrollaremos estas consideraciones.

de los recursos aplicados a la integración del capital asignado con el valor de las pérdidas acumuladas y el primero debe ser superior al segundo para que la IGJ inscriba asignaciones de capital o sus aumentos. Al respecto se evidencian los siguientes despropósitos:

(i) Se compara sólo (y exclusivamente) capital asignado con pérdidas, mientras que a los efectos de la reducción obligatoria de capital que prevé la LSC (art. 206) se incluyen también las reservas patrimoniales. Por lo tanto, las exigencias de la IGJ con respecto a las sucursales extranjeras (que no requieren necesariamente un capital asignado) es más gravoso que el existente para las sociedades locales (que si requieren de un capital social mínimo).

(ii) La IGJ no inscribirá aumentos de capital asignado "...si de sus estados contables resultaran pérdidas acumuladas no absorbidas por el valor de los recursos aplicados por la sociedad matriz a la integración del capital asignado." ¿Qué quiso decir? Parecería decir que no inscribirá un aumento de capital asignado mientras el existente sea inferior a las pérdidas exigiendo una previa recomposición de ese capital asignado en una suerte de doble exigencia: primero reintegrar capital asignado y luego aumentar. Si así fuera, ello resulta una sobreexigencia no prevista siquiera para las sociedades locales que tienen el derecho alternativo y no acumulativo de reintegrar y/o aumentar capital para revertir una situación de pérdida (art. 96 LSC).

En síntesis, mientras que la LSC regula el reintegro, aumento o reducción de capital, la Res. Gral. 11/06 innovadoramente ha creado un nuevo procedimiento (al menos por su nombre) identificado como recomposición, pero lamentablemente no ha quedado del todo claro el mecanismo concreto y las implicancias del mismo.

d) *La recomposición del patrimonio de sucursales como negocio jurídico exorbitante*

Repetimos una vez más: recomponer el patrimonio de una sucursal no es, jurídicamente, lo mismo que reintegrar el patrimonio de una sociedad (*vid.*, artículo 96 de la LSC).

Decimos reintegrar patrimonio puesto que el reintegro de capital social no es otra cosa que devolverle consistencia al patrimonio neto mínimo exigido por la ley a una sociedad. Ahora bien, las nuevas medidas de recomposición del patrimonio expone a las sucursales a un negocio donde el capital asignado pasa a tener una gravitación inédita como factor de garantía.

Si continuamos con los ejemplos anteriores observamos que mientras la sucursal debe recomponer la totalidad del capital, la subsidiaria estará obligada sólo a reintegrar el capital social mínimo; vale decir reintegro parcial de capital (*vid.*, artículo 96 de la LSC) que no es otra cosa que devolverle una mínima consistencia al patrimonio neto reduciendo la cifra de capital estatutario por el saldo no reintegrado (combinación de los artículos 96 y 220.1).

En efecto, una sociedad local puede revertir su situación de pérdida total del capital social mediante un reintegro parcial del capital, esto es integrando a fondo perdido (y absorbiendo paralelamente las pérdidas correspondientes) el monto que corresponda a tal efecto pero sin necesidad de que alcance la cifra total de capital social.

En cambio, dicho reintegro parcial no sería aplicable para una sucursal extranjera ya que la misma debería reintegrar la totalidad del capital asignado pues a criterio de la IGJ el mismo "...representa la fijación de un mínimo o 'piso' permanente..." (cons. RG 11/06) e importaría "...un compromiso de la casa matriz de mantener en nuestro país, a través de su sucursal, recursos por un importe no inferior a dicho 'capital asignado'" (cons. Res. Part. "Lexmark").

Siguiendo el criterio de la IGJ claramente expresado acerca de que el capital asignado representa un compromiso de "recursos" que no puede ser inferior a la cifra de aquel, parecería ser que un reintegro parcial de dicho capital que sólo tuviere por efecto revertir un patrimonio neto negativo pero sin que permita elevar el patrimonio neto por encima de aquel capital originariamente asignado sería insuficiente.

Sí así fuera, ello implicaría, además de una elucubración sin base legal alguna, una exigencia discriminatoria en función de la opción de que dispone una sociedad local consistente en el reintegro parcial sin necesidad de que el capital se eleve por sobre el patrimonio neto.

Fácil es concluir entonces, en los ejemplos anteriores, que mientras la matriz debe recomponer 100.000 de capital asignado a su sucursal en la Argentina, los socios de una subsidiaria estarán obligados a reintegrar la cifra de capital social mínima de 12.000.

El reintegro parcial de capital es precisamente el negocio jurídico puesto a disposición de los socios para limitar la responsabilidad a una cifra de capital inferior al fijado en los estatutos antes de las pérdidas. Si la sociedad contaba con un capital emitido de 100.000 y las pérdidas acumuladas terminan fulminándolo, la ley de sociedades comerciales 19.550 admite que los socios reduzcan aquella garantía, siempre y cuando devuelvan al patrimonio social un mínimo de consistencia; que no es lo mismo que... "la misma" consistencia.

El negocio jurídico de reintegro parcial lleva implícito dos expedientes combinados: aportes a fondo perdido + reducción de capital. Ambos negocios están expresamente amparados por la ley 19.550.

La RG 11/06 admite la reducción parcial

de capital con cargo a pérdidas más no la recomposición parcial. El negocio de recomposición siempre es total como derivado directo de la singular motivación de que *“la asignación de capital representa la fijación de un mínimo o piso permanente...”* (sic) *“y que el patrimonio neto de la sucursal (...) únicamente podrá ser igual o fluctuar por encima de la cifra fijada”* (sic).

Conclusión inevitable de semejante motivación es que para el supuesto de pérdidas contables, el patrimonio neto de una sucursal debe recomponerse, como mínimo, al saldo de la cifra de capital asignado al inicio del ejercicio según último balance.

Ahora bien, que sucede si una sucursal decidiera aumentar el capital asignado (no reintegrar) para revertir la situación no querida por la IGJ. ¿Acaso sería viable un aumento reducido al monto específico y necesario para revertir un patrimonio neto negativo?

Parecería que en este caso, también sería aplicable el mismo razonamiento anterior y por ende ello no sería factible de concretar (siempre aparentemente según el criterio que ha dejado traslucir la IGJ).

Obviamente, en este último supuesto, estaríamos en presencia de una nueva limitación arbitraria y discriminante con respecto a las sociedades locales.

Por otra parte, cabe analizar otra hipótesis que no implica reintegro ni aumento de capital asignado. Es más, ni siquiera supone ingreso de fondos.

Efectivamente, dado el funcionamiento de la contabilidad de la sucursal en relación con su casa matriz cabe cuestionarse si no es perfectamente posible que la primera logre sanear su patrimonio neto negativo mediante la transferencia de sus pérdidas acumuladas a la casa matriz.

¿Podrían ser transferidas directamente a la casa matriz las pérdidas del ejercicio y/o acumuladas?

De esa forma la casa matriz asumiría tales pérdidas ingresándolas a su correspondiente balance de la misma forma que las utilidades de una sucursal pueden ser remesadas a la casa matriz.

Desde luego, la suposición anterior se efectúa sobre la premisa de considerar la identidad jurídica entre la casa matriz y su sucursal.

¿Ha sido dicho movimiento contemplado como supuesto de recomposición en el concepto de la IGJ? Lo dudamos, no hay indicio alguno para afirmarlo. Entendemos que dicha transferencia de pérdidas es un mero movimiento contable que hubiera podido ser receptado expresamente como mecanismo de saneamiento patrimonial.⁴²

e) *¿Y las demás cuentas patrimoniales?*

El art. 3º punto 2. de la Res. Gral. 11/06 establece que en caso de no recomponer el patrimonio la sucursal podrá: (i) solicitar la cancelación de la inscripción en el RPC; (ii) inscribir la decisión de dejar sin efecto la asignación de capital o (iii) reducir la cifra del capital asignado a un valor igual o inferior al patrimonio neto.

Evidentemente, la alternativa (iii) surge de la asimilación implícita que realiza la Res. Gral. 11/06 con respecto al sistema diseñado por la ley de sociedades en punto a la disolución por pérdidas (art. 94, inc. 5 y 96) y reducción obligatoria de capital por pérdidas (art. 206) para las sociedades locales.

Sin perjuicio de la intrascendencia

⁴² Sin perjuicio claro está de eventuales contingencias impositivas por tal movimiento, para lo cual se requiere un análisis específico y pormenorizado sobre todo, de cada caso concreto.

financiera, junto a la contradicción e inutilidad jurídica de la exigencia legal referida a las pérdidas contables⁴³, lo cierto es que el sistema previsto para las sociedades locales presenta una serie de detalles que la Res. Gral 11/06 no ha contemplado, como ser por ejemplo, el rol de las reservas patrimoniales y el porcentaje de su cómputo.

En efecto, según la resolución comentada, la IGJ no inscribirá en el RPC la asignación o incremento de capital que soliciten las sucursales extranjeras si de sus estados contables resultaran pérdidas acumuladas no absorbidas por el valor de los recursos aplicados por la sociedad matriz a la integración del capital asignado (art. 8° Res. Gral 11/06).

Obsérvese que se compara sólo el valor de los recursos aplicados a la integración del capital asignado con el valor de las pérdidas acumuladas y el primero debe ser superior al segundo para que la IGJ inscriba asignaciones de capital o sus aumentos. Al respecto se evidencian los siguientes despropósitos:

(i) Se compara sólo (y exclusivamente) capital asignado con pérdidas, mientras que a los efectos de la reducción obligatoria de capital que prevé la ley de fondo (art. 206 LSC) se incluyen también las reservas patrimoniales. Por lo tanto, las exigencias de la IGJ con respecto a las sucursales extranjeras (que no requieren necesariamente un capital asignado) es más gravoso que el existente para las sociedades locales (que si requieren de un capital social mínimo).

(ii) La IGJ no inscribirá aumentos de capital asignado "*...si de sus estados contables*

resultaran pérdidas acumuladas no absorbidas por el valor de los recursos aplicados por la sociedad matriz a la integración del capital asignado." ¿Qué quiso decir? Parecería decir que no inscribirá un aumento de capital asignado mientras el existente sea inferior a las pérdidas exigiendo una previa recomposición de ese capital asignado en una suerte de doble exigencia: primero reintegrar capital asignado y luego aumentar. Si así fuera, ello resulta una sobreexigencia no prevista siquiera para las sociedades locales que tienen el derecho alternativo y no acumulativo de reintegrar y/o aumentar capital para revertir una situación de pérdida (art. 96 LSC).

En síntesis, mientras que la LSC regula el reintegro, aumento o reducción de capital, la Res. Gral. 11/06 innovadoramente ha creado un nuevo procedimiento (al menos por su nombre) identificado como recomposición, pero lamentablemente no ha quedado del todo claro el mecanismo concreto y las implicancias del mismo.

2.- ¿CONVIENE ASIGNAR CAPITAL?

Hacernos esta pregunta resulta hoy un tanto bizantina a la luz del régimen de encaje vigente aspecto que será abordado más abajo.

Si la sucursal no cuenta con capital asignado la recomposición sólo operará para el caso de que las pérdidas consuman el patrimonio. En cambio, si la sucursal tuviere asignado un capital bastará que las pérdidas rosen apenas aquella cifra para que la recomposición se torne imperativa sin perjuicio de las opciones de los incisos 1° y 2° del artículo 3.

La opción de reducción con cargo a pérdidas (en una suerte de aplicación analógica del artículo 206 de la LSC) o, en su caso dejar sin efecto la asignación de un capital, no nos despierta mayor interés científico más allá de las críticas expuestas.

⁴³ En efecto, el sistema de reducción obligatoria por pérdidas del art. 206 LSC por ejemplo, es contradictorio ya que reducir la cifra nominal del capital social de modo proporcional a la eliminación de las pérdidas, cuál forma de sanear patrimonialmente a la compañía, es mera cosmética contable con nulo impacto real económico y financiero. En otra ocasión retomaremos y desarrollaremos estas consideraciones.

Como lo hemos expuesto en párrafos anteriores, motiva sí nuestro interés la llamada “recomposición” del patrimonio.

Si la recomposición es reparar el patrimonio neto perdido, y repetimos nuevamente, no es lo mismo recomponer que revertir el signo negativo de patrimonio neto, entonces advertimos con llamativa preocupación que los efectos jurídicos entre asignar capital y no asignarlo pueden ser tan distintos como el día y la noche.

En efecto, no será lo mismo recomponer un capital asignado mínimo que un patrimonio neto formado por el saldo de las utilidades acumuladas al inicio del ejercicio.

No desconocemos que en la práctica las pérdidas de un negocio gerenciado por una sucursal puedan resultar de una meticulosa planificación financiera y tributaria. Tampoco desconocemos que esas pérdidas pueden ser fruto de factores exógenos al negocio e incluso fuera de las previsiones del *Management* (tal como ocurre periódicamente en nuestra economía).

Resulta poco habitual que sucursales acumulen resultados abultados puesto que la evidencia empírica de los mercados demuestra que la solvencia patrimonial de la sucursal es un dato económico y financiero absolutamente indiferente para cualquier proveedor de fondos externos.⁴⁴

Ahora bien, en la hipótesis de que la matriz proponga una política de solvencia y de remesa de fondos conservadora nos parece que la recomendación prudente podría ser la de asignar una cifra de capital para que (en caso de pérdidas abruptas, no planificadas y cuantiosas) la recomposición del patrimonio alcance sólo hasta cubrir esa cifra. Como ya se

ha dicho, no surge de la RG 11/06 si la recomposición en el caso de no asignación de capital implica, necesariamente, alcanzar un valor positivo equivalente al del inicio del ejercicio. Si esta fuera la exigencia, la asignación de capital tendría por objetivo amortiguar el impacto financiero de una recomposición brusca de un patrimonio neto importante.

Un ejemplo bastará para darnos cuenta de ello:

Sucursal A sin capital asignado:

Saldo de PN al inicio	10.000.000
Pérdidas acumuladas	<u>-20.000.000</u>
PN al cierre	-10.000.000

Si se considera que la recomposición (diferenciándola del reintegro) requiere retornar al patrimonio neto del inicio del ejercicio, entonces:

Saldo de PN al inicio	- 10.000.000
Recomposición casa matriz	<u>20.000.000</u>
PN al cierre	10.000.000

De esta forma se “recompone” el saldo del patrimonio neto al inicio, tal como lo exigiría la RG 11/06. Decimos “exigiría...” ya que tal como hemos expuesto, la RG 11/06 no aclara expresamente si la recomposición existe cuando se alcance un saldo positivo de patrimonio neto, aún cuando el mismo no sea igual al del inicio del ejercicio.

Sin perjuicio de ello, dado el término empleado “recomponer”, las diferencias ya trazadas con el concepto jurídico “reintegro”, junto al sentido que la IGJ le ha asignado a la RG 11/06, cabe destacar que sería coherente con la referida norma que recomponer implique retornar el patrimonio neto al inicio del ejercicio.

Desde luego, si esta última no fuera la interpretación que primara para la IGJ,

⁴⁴ La solvencia de la sucursal sólo adquiere interés público para aquellas representaciones de sociedades extranjeras involucradas en negocios con consumidores masivos tales como el financiero o el de seguros.

entonces, no habría mayores cuestionamientos. En cambio, si la IGJ exigiera recomponer el patrimonio neto a su valor positivo del inicio del ejercicio, allí habría una situación a ponderar especialmente cuando el patrimonio neto fuera excesivamente elevado, pues el esfuerzo de la matriz para concretar dicha recomposición sería considerable.

En este contexto, podría ser conveniente la asignación de capital ya que la IGJ sólo exigirá (por ahora) que dicha cifra no decrezca. Veamos con un ejemplo:

Sucursal B con capital asignado:

Saldo de PN al inicio	10.000.000*
Pérdidas del ejercicio	<u>-20.000.000</u>
PN al cierre	10.000.000

(*) Formado por 100.000 de capital asignado y el saldo utilidades acumuladas

La recomposición del patrimonio neto negativo en este caso exigirá que la casa matriz remese a la sucursal 100.000, pues en nuestro ejemplo, ese es el monto de capital que no podría verse disminuido según la RG 11/06.

Saldo de PN al inicio	-10.000.000
Recomposición casa matriz	<u>10.100.000</u>
PN al cierre	100.000

Vemos como el esfuerzo de recomposición del patrimonio neto negativo es menor en el caso de asignación de un capital. O sea, éste actuará como techo del esfuerzo financiero para recomponer el patrimonio perdido. Siempre y cuando, reiteramos, el criterio de la IGJ sea (tal como suponemos que será) que en el caso de inexistencia de capital asignado, la recomposición patrimonial debe, necesariamente, alcanzar el mismo valor positivo del inicio del ejercicio.

a) Régimen de "encaje"

No obstante lo anterior, el régimen de encaje coloca a las sucursales que reciben

remesas desde su casa matriz a la capitalización de las mismas (y por ende a la asignación de capital) en la medida que desearan evitar el encaje del 30 % de los fondos remesados desde el extranjero.

Sucede que el Decreto 616/05 del Poder Ejecutivo Nacional ha regulado los depósitos obligatorios, indisponible y no remunerados para determinados ingresos de moneda extranjera en el mercado de cambios local y exceptuando expresamente los ingresos en concepto de inversiones extranjeras directas.

Posteriormente, las Comunicaciones del BCRA especificaron nuevos detalles de tal régimen y establecieron que la excepción antes mencionada sólo era efectiva si se acreditaba el inicio del trámite de capitalización definitiva del aporte de inversión directa ante el Registro Público de Comercio.

Lo expuesto, más allá de las críticas jurídicas de que resulta pasible, es entendible para una sociedad local que cuenta con capital. Sin embargo, no resulta asequible para las sucursales cuya matriz remite fondos como mecanismo habitual de financiamiento.

Paradójicamente, por no apreciar el BCRA la diferencia esencial entre aquellas situaciones, las sucursales quedaron también cubiertas (de hecho) por la obligación de tener que iniciar un trámite de capitalización para evitar así el encaje en cuestión, aún sin una norma que expresamente contemplara al supuesto de las sucursales de sociedades extranjeras.

Consecuentemente, la omisión de clarificaciones por parte del BCRA acerca del régimen de encaje para el ingreso de fondos de sucursales (que pueden legítimamente carecer de capital asignado) las coloca frente a la necesidad de asignar e inscribir capital en el Registro Público de Comercio y a la postre sujeta a las sucursales al control que ha orquestado la IGJ en el caso de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires.

¿Qué pasará cuando el bendito encaje quede sin efecto?

3.- ¿CUÁL DEBE SER LA CIFRA DE CAPITAL ASIGNADO A UNA SUCURSAL?

La respuesta a esta pregunta no la encontramos ni en la ley de sociedades ni en la RG 11/06. El régimen legal de asignación de capital impide fijar una cifra mínima; aún cuando de los conmovedores fundamentos de la RG 11/06 y, de los fines perseguidos (garantía a los acreedores) uno puede concluir que a este sistema le está faltando algo: la obligación de asignar un mínimo de capital asignado tal como lo exigen las leyes especiales para las sucursales de entidades financieras y aseguradoras.

Si la IGJ se animó a tanto, ¿porqué no impuso un mínimo de capital?, ¿de qué sirve alegar encendidamente sobre la función de garantía cuando su eliminación nada provoca y ningún efecto tiene para los terceros?

Para el supuesto que la sucursal asigne capital surge de inmediato la pregunta ¿cuánto? Esta duda se presenta tanto para las nuevas inscripciones de sucursales como para quienes opten por reducir el monto de capital oportunamente asignado. Esta pregunta se acentúa hoy frente al problemático encaje del BCRA.

¿Deberán asignar un capital que guarde coherencia con el objeto social?, ¿exigirá la IGJ semejante relación?, ¿tiene la IGJ competencia para hacer control de legalidad sustancial sobre el monto de asignación de capital...?

4.- RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE POR PÉRDIDA DEL CAPITAL ASIGNADO

Dentro del marco de coherencia del sistema legal que regula el régimen de variación del capital social no puede pasar

inadvertido el régimen de responsabilidad de directores y síndicos por perjuicios causados a terceros como consecuencia directa de una actuación de sociedades infracapitalizadas.

Aún cuando somos críticos apasionados de la tesis que pregona dicha responsabilidad, en este caso vale aplicarla para darnos cuenta que el régimen de capital asignado hace agua por donde se lo mire, y no tenemos forma de achicar.

Varados en este punto nos preguntamos: ¿cuál será la responsabilidad del representante por reducir el capital asignado, ó simplemente eliminarlo? Ninguna. ¿Entonces?

La imputación jurídica de aportes a capital social no sólo tiene efectos respecto de terceros como cifra de retención; sino que dicha cifra está jugando (cada vez más) un papel preponderante en el régimen de responsabilidad de directores.

Operar en el mercado con una sociedad exageradamente despatrimonializada expone al director al riesgo de posibles acciones de responsabilidad dentro del marco de la LCQ. La falencia de la sociedad operada bajo un escenario de exagerada infracapitalización material puede condenar al director a indemnizar daños y perjuicios.

El artículo 121 de la LSC impone al representante de sociedad constituida en el extranjero la obligación de obrar con prudencia y con la diligencia de un buen hombre de negocios (conforme estándar del artículo 59 de la LSC), contrayendo éste las mismas responsabilidades que un administrador o director de una sociedad anónima.

Esta norma debe ser interpretada dentro del contexto de la LSC donde el capital asignado es meramente voluntario por regla general, y no hay obligación de mantener un

patrimonio. Haciendo esta interpretación concluimos que el artículo 121 de la LSC no se aplica al representante legal de una sucursal de sociedad declarada en quiebra (en el exterior) y cuyos activos en la República fueren inferiores a sus pasivos; puesto que es natural a este tipo de representaciones permanentes operar con patrimonios exiguos (o incluso negativos) en el entendimiento universal de que la responsabilidad del deudor extranjero por los pasivos generados en nuestra patria están cubiertos con la totalidad de su bienes y patrimonio.

La obligación de llevar en la República contabilidad separada (*vid.*, artículo 120 de la LSC) no implica responsabilizar al representante por insolvencia de la sucursal.

Los acreedores verificados en la República que pretendan cobrar contra los bienes de la sociedad extranjera situados en nuestro territorio (*vid.*, art. 4° LCQ), poco podrán hacer contra el representante de la sucursal, puesto que el régimen de asignación voluntaria de capital de la LSC no implica para la matriz autoimponerse ni otorgar a los acreedores locales ningún tipo de garantía (ni directa ni indirecta); esa autoimposición no sería más que una ilusión óptica del inspector general.

Analizado así el problema, no puede imponerse al representante de una sucursal inscripta en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, un deber de diligencia por encima del estándar (de un director de sucursal inscripto en Resistencia, provincia de Chaco); agravando la exposición al riesgo. La forma de financiar la operación de una sucursal en la Argentina no es lo decide el representante de la sucursal; sino que éste queda sometido a las órdenes del directorio de la casa matriz y accionistas del exterior. La descapitalización de la sucursal no puede implicar “mal desempeño del cargo” en los términos del artículo 274 de la LSC y el giro de la sucursal con patrimonio negativo tampoco puede

implicar “violación de la ley”.

A la no obligación de mantener un patrimonio positivo le corresponde una no responsabilidad.

Dentro del esquema de nuestra LSC y LCQ la insolvencia de la sucursal quedará compensada con la (presunta) solvencia de la matriz. Estas son las reglas del juego hoy imperantes en nuestro sistema de derecho.

Una norma administrativa de la IGJ no puede arbitrar derechos y obligaciones de profunda raigambre constitucional y hondamente enquistados en nuestro derecho de fondo, como es el régimen del capital de sucursales y de responsabilidad del representante.

VI. Los “Que si bien” y “Aunque” de la IGJ.

La RG 11/06 se encuentra plagada en sus considerandos con numerosos “*que si bien*” y algún “*aunque*” poniendo de relieve que si bien la ley y la doctrina científica dicen una cosa, y aunque la doctrina y la ley diga otra, el órgano emisor opina distinto.

Tal como lo reafirma la doctrina administrativa, el acto público debe estar causado en antecedentes fácticos y en disposiciones normativas. Dichos antecedentes son la razón de ser del acto administrativo. Ahora bien, en nuestra opinión, ni los antecedentes materiales, ni la doctrina citada, ni la jurisprudencia administrativa del caso Lexmark, ni el derecho de fondo invocado califican como causa material y jurídica seria y razonada.

En efecto, si el capital asignado constituye un instituto claramente diferenciado del capital social, se deriva de ello que dicha asignación puede quedar reducida a cero o incluso a un signo negativo,

<aunque> no le guste a la IGJ (*vid.*; considerando n° 18).

Si la asignación de un capital no importa preferencia alguna sobre los bienes de la sucursal ubicados en nuestro territorio ergo, tal asignación tampoco importa afectar ni mantener en la República una parte del patrimonio por valor igual a la cifra de capital asignado, <aunque> no le caiga en gracia a la IGJ (*vid.*, considerando n° 16).

Si el capital asignado de la sucursal y el capital social son institutos completamente diferentes debe entonces predicarse que el capital asignado no cumple bajo nuestro derecho de fondo una función garantística, <aunque> le incomode a la IGJ (*vid.*, considerando n° 17).

Si la unidad patrimonial de la matriz supone su responsabilidad con bienes distintos y más allá de los que haya afectado al tráfico local, la recuperación forzosa de los créditos por los acreedores locales resultará altamente probable, <aunque> dicha suposición sea puesta en duda por la RG 11/06 (*vid.*, considerando n° 9)⁴⁵.

Si la sucursal carece de personalidad y por ende de patrimonio, mal se le puede exigir responsabilidad patrimonial a quien no goza de tal atributo, <aunque> lo quiera forzar la RG 11/06 (*vid.*, considerando n° 7).

Si el artículo 118, tercer párrafo impone la asignación de un capital cuando lo dispongan leyes especiales, de ello cabe concluir que la asignación voluntaria de un capital no implica dotar a la sucursal de una responsabilidad patrimonial, ni mucho menos dotar al capital asignado con una función jurídica de garantía que no tiene; <aunque>

⁴⁵ La mera referencia a "en los hechos", "en la práctica", "como es costumbre" u otras, no pueden ser motivo serio para fundar un acto administrativo; y menos, fundar una resolución general que busca alterar el régimen del capital asignado y patrimonio de sucursales modificando el artículo 118 de la ley 19.550.

este principio de derecho societario quiera ser torcido por la RG 11/06 (*vid.*, considerando n° 5).

Y por último...

Si a la opción de asignar capital (en lugar de prever su obligatoriedad en general), se debe a una decisión de política legislativa, es a raíz de esa decisión que deben descartarse toda consecuencia jurídica a la asignación voluntaria del mismo; <aunque> dicha política legislativa ponga de mal humor a la IGJ.

VII. Reflexiones Finales.

Compartimos la disidencia interpretativa y teórica e incluso podríamos sostener que el interés tutelado por la norma en cuestión es digno de encomios. ¿Quién puede ignorar que nuestro sistema jurídico ofrece flancos demasiado oscuros a la hora de proteger a los acreedores débiles frente al estado de insolvencia?

No obstante, tal como decíamos al comienzo de este trabajo, si bien la intención es digna de elogio y mérito, entendemos que el fin buscado no justifica el medio utilizado: un acto administrativo que padece serios vicios en su motivación, causa y competencia que determinan la ilegitimidad del mismo.

Tiene enseñado nuestro más Alto Tribunal de la Nación que por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es preciso indagar lo que jurídicamente expresan, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general de país, no pudiendo prescindirse de las palabras de la ley, pero tampoco ateniéndose de modo estricto a ello, cuando lo exige una interpretación razonable y sistemática (doctrina de Fallos, 244:129).

Precisamente, cuando la RG 11/06

sustenta la presunta facultad de la IGJ para controlar el capital asignado y el patrimonio neto de las sucursales de sociedades extranjeras se basa en una mera interpretación literal de la ley orgánica 22.315 sin haber encarado una posterior corroboración mediante un análisis finalista y sistemático, lo cual atenta contra el tenor de las causas fácticas y jurídicas expuestas, desmotivando al acto administrativo en cuestión.

En nuestra opinión la RG 11/06 carece de causa jurídica puesto que los artículos 94, 96, 118, 120, 206 y 303 de la ley 19.550, junto con los artículos 13 de la LEF y el artículo 30 de la LS, no permiten concluir de manera seria y razonada una interpretación finalista y sistemática sobre la facultad de la IGJ para imponer a las sucursales de sociedades extranjeras el mantenimiento de un patrimonio positivo.

Tan pronto como se analizan los considerandos de la RG 11/06 se advierte que la norma administrativa no se sustenta en el derecho aplicable ya que se refiere a una presunta facultad de la IGJ para exigir un patrimonio neto positivo infiriendo tal aserto de la ley orgánica 22.315, subvirtiendo el orden normativo institucional al exceder lo previsto por la LSC.

Tan pronto como se analizan los considerandos de la RG 11/06 se advierte que con respecto a la causa, la norma administrativa no se sustenta en el derecho aplicable ya que se refiere a una presunta facultad de la IGJ para exigir un patrimonio neto positivo superior al capital asignado en las sucursales extranjeras infiriendo tal aserto de la ley orgánica 22.315, subvirtiendo el orden normativo institucional al exceder lo previsto por la LSC. En efecto, tal como hemos expuesto en el desarrollo del trabajo, ello resulta infundado y es producto de una interpretación literal (en cuanto al método) y extensiva (en cuanto al resultado) que ha soslayado la necesaria interpretación finalista y sistemática en el marco de la LSC, generando

como resultado un acto administrativo en clara contradicción con la LSC.

En lo atinente a la motivación expuesta en los considerandos de la Res. Gral. 11/06 la misma luce como un formulado dogmático carente de sustento real jurídico y fáctico. Por lo que la pretendida motivación en rigor de verdad, no lo es conforme la exigencia del art. 7º de la Ley 19.549 afectando la validez de acto administrativo calificado como RG 11/06.

Así entonces, las falacias interpretativas que se evidencian en la RG 11/06 la tornan ilegal a la luz de la LSC, inválida en cuanto acto administrativo general e inconstitucional por haber afectado el orden normativo jerárquico al sobreponer una norma orgánica (ley nacional de alcance local 22.315) a una Ley de fondo nacional de alcance federal que integra el Código de Comercio de la Nación, tal como lo es la LSC.

Si la ley 22.315 en su artículo 8º remite al 7º, ello lo es, con las obvias salvedades del caso, las cuales no son otras que las previstas en la propia LSC. Ergo, si la LSC no exige a las sucursales asignar capital (salvo siempre aquellas que se encuentren obligadas por leyes especiales) la IGJ carece de facultades para exigirles un patrimonio neto positivo ni menos aún la recomposición del capital asignado.

El artículo 7.b de la ley 22.315 facultaría a la IGJ a ejercer control sobre las variaciones del capital. En nuestra opinión ese control no puede jamás extenderse a la fijación de un mínimo por la IGJ ni a una relación de capital-objeto puesto que semejante facultad no surge de la ley 19.550 ni de la ley 22.315.

Si se comparte esta opinión, el nuevo sistema de capital asignado de la IGJ es incongruente, arbitrario e irrazonable puesto que todo el sistema de protección de la consistencia e intangibilidad del capital social se enmarca dentro de un régimen de patrimonio mínimo garantizado que el sistema

jurídico nacional no exige para las sucursales de sociedades extranjeras, ni para ningún otro tipo de representación permanente radicada en suelo patrio.

Tampoco emerge de los dispositivos citados la pretendida función jurídica de garantía del capital asignado, siendo que éste es un atributo exclusivo del capital social como elemento estructural de la personalidad jurídica (aún cuando nosotros dudemos de esa función garantizadora y seamos críticos a tales postulados).

A partir de las consideraciones precedentes y como efecto sintetizador cabe destacar que la RG 11/06 de la IGJ altera las reglas de juego económicas-financieras y jurídicas de las sucursales.

La LSC establece clara y contundentemente que una sucursal, asiento o cualquier otra forma de representación permanente no requieren capital salvo que una ley especial así lo determine (artículo 118 LSC). Esta es el axioma elemental que sustenta las reglas de juego de las sucursales que se ha receptado legislativamente y que, mal que pueda pesar (o no gustar), se encuentra vigente.

Las reglas de juego en materia de sucursales son establecidas por la Ley de fondo o sea por el Congreso Nacional y nunca por una resolución administrativa dictada por un órgano de contralor societario con exclusiva jurisdicción local.

En definitiva, siendo el régimen pergeñado por la LSC discriminatorio ⁴⁶ y aún

⁴⁶ Según la RG 11/06 "...la sola circunstancia de que la asignación del capital se haya efectuado voluntariamente no funda la procedencia de una inteligencia de su función distinta (...) de la que resulta de normas especiales que importan la exigencia de radicarlo y mantenerlo (artículos 13 de la Ley N° 21.526 de entidades financieras, 30 de la Ley N° 20.091 sobre entidades aseguradoras y su control y 29 del Decreto N° 143.277/43 sobre sociedades de capitalización), al punto de que la garantía de la contratación haya de ser distinta en uno y otro supuesto, conduciendo a

cuando suponga para la IGJ la aplicación extraterritorial de normas en punto al capital⁴⁷, lo cierto es que ellas son las reglas de nuestro régimen de fondo.

Seguramente que tal régimen de sucursales extranjeras puede desentonar con algún aislado ejemplo del derecho comparado⁴⁸ pero, gusten o no, éstas son las reglas de juego vigentes.

Las reglas de juego, justas o injustas, eficientes o ineficientes, deben ser respetadas. Cuando se advierte que las mismas ya no cumplen su cometido pueden ser reformadas y mejoradas por el autoridad competente (*vgr.* el Honorable Congreso de la Nación) y por los medios adecuados a tal fin (léase Ley)

De lo contrario, no hay regla que valga, cunde la arbitrariedad y cada órgano resuelve a su gusto y criterio sin que se respete una norma constitucional basal: la asignación de funciones y competencias.

una impropia discriminación entre acreedores cuya posición negocial no está influida únicamente por la clase de actividad de la entidad deudora..." (Cons. 19°).

⁴⁷ También sostiene la IGJ que "...siendo institutos completamente diferentes el capital social de la sociedad matriz y el que ésta asigna a su sucursal -en cuanto es parte del patrimonio de la primera y no se forma con aportes de sus socios-, la circunstancia de que la sociedad del exterior se rija por la ley del lugar de su constitución (artículo 118, párrafo primero, Ley N° 19.550) y de que en ello esté comprendido lo relativo al régimen de su capital, sus variaciones y las consecuencias de su disminución o pérdida, nada predica en contra de la función que debe cumplir el capital asignado (...). Si las normas del país de origen fueran extraterritoriales en punto al régimen del capital asignado a la sucursal, ello además de contravenir lo expresamente dispuesto por el artículo 26, párrafo segundo, del Decreto N° 1493/82, equivaldría a la aplicación de legislación extranjera de privilegio, en pugna con el artículo 14, inciso 3, del Código Civil..." (Cons. 18° RG 11/06).

⁴⁸ La RG 11/06 destaca que "...la opción por no asignar capital en lugar de prever su obligatoriedad en general -como en el derecho comparado lo han hecho desde antiguo ordenamientos legales como el brasileño fijando su destino a la atención de operaciones locales (artículo 65, párrafo único, Decreto-Ley N° 2627/1940, actualmente artículos 1134, párrafo 1°, inciso IV y 1135, párrafo único, y 1136, párrafos 1° y 2°, inciso IV, del Código Civil del Brasil, Ley N° 10.406/2002)-..." (Cons. 22°)

