

La autonomía legal de la sucursal extranjera. Insolvencia de la matriz y deberes de los representantes

Por Eduardo M. Favier Dubois¹. Publicado en LA LEY 2017-D, diario del 15-8-17.

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto de sucursal. 3. La sucursal de sociedad constituida en el extranjero. 3.1. Ley aplicable y requisitos. 3.2. Especialidad del domicilio. 3.3. Contabilidad separada, patrimonio neto y capital. 3.4. El caso de las sucursales de entidades financieras. 3.5. Situación de los representantes 3.5.1. Normativa. 3.5.2. Asimilación legal del representante de la sucursal al director de sociedad anónima. 3.5.3. Debate sobre su vínculo representativo. 3.5.4. La responsabilidad de los representantes como administradores. 4. Insolvencia de la sociedad matriz 4.1. Introducción. 4.2. Reglas de derecho interaccional privado concursal argentino. 4.3. Validez de los actos de la sucursal: la regla de la territorialidad. 4.4. Solo puede pedir la quiebra en el país un acreedor de la sucursal: la regla de la extraterritorialidad limitada de la sentencia concursal extranjera. 4.5. Condicionamiento del acreedor extranjero: no puede verificar si no hay reciprocidad. 4.6. Prioridad del acreedor local: regla de la preferencia local. 4.7. Descuento de cobros en el extranjero: la regla de paridad de dividendos. 4.8. Situación de los representantes de la sucursal en caso de insolvencia de la matriz. 4.8.1. Insolvencia de la matriz. 4.8.2. Sucursal “in bonis”. 5. Conclusiones.

1.-Introducción

Hay consenso en afirmar que la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero no tiene una personalidad jurídica distinta que la sociedad matriz, lo que la diferencia del caso de la filial.

Sin embargo, en la medida en que se profundiza el tema se advierte que en derecho argentino existen diversas manifestaciones de “autonomía legal” de la sucursal respecto de la matriz extranjera, particularmente en materia de “domicilio especial”, “contabilidad”, “patrimonio neto y capital”, “sucursales de entidades

¹ Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y de Derecho Económico II en la Facultad de Ciencias Económicas, ambas de la UBA. Ex juez nacional de Comercio. www.favierduboisspagnolo.com

financieras”, “responsabilidad de representantes” y, especialmente, en caso de insolvencia de la matriz, en cuanto a la “autonomía concursal” y a los “deberes fiduciarios” de tales representantes, temas que se desarrollarán en la presente colaboración.

2. Concepto de sucursal

Si bien en derecho argentino no existe una definición legal de sucursal, sí hay un concepto generalizado que define a la sucursal desde el punto de vista operativo destacando su falta de personalidad jurídica y el goce de determinada autonomía comercial respecto del comercio principal.

En el marco de la organización empresarial se trata fundamentalmente de un instrumento operativo para el desarrollo de negocios en localizaciones distintas que la del negocio madre. Por ello la característica que la destaca es su accesoriedad. La sucursal es mera extensión de la matriz por lo que sus negocios son los mismos que forman el objeto de la principal. El titular de la empresa puede desdoblar la explotación de ésta en diferentes sucursales, concediéndoles al mismo tiempo cierta independencia jurídica, en el sentido de que realicen los mismos actos que el establecimiento principal².

Tiene dicho la jurisprudencia argentina que la sucursal no tiene independencia económica. La sucursal no es una persona jurídica porque su existencia se halla condicionada, entre otros elementos esenciales, a la existencia de un patrimonio autónomo separado del patrimonio del sujeto que ha contribuido en su formación. Nada obsta a que parte del patrimonio de la principal esté asignado a las actividades específicas de la sucursal y se produzca un desdoblamiento administrativo del mismo.

La sucursal debe tener carácter permanente porque la realización de negocios temporales no alcanza la entidad suficiente para ser tal, es decir, las agencias o sucursales pueden no pasar de constituir una simple oficina.

El español Rueda Martínez concluye definiendo a la sucursal de un modo que nos parece apropiado a los fines de este trabajo, a saber: “la sucursal es aquel establecimiento secundario, carente de toda personalidad jurídica, de carácter permanente, con idéntico objeto que el establecimiento principal, pero instalación material distinta y clientela propia, que goza de autonomía operativa a través de un factor o gerente con facultades suficientes para realizar su función, aunque

² Ver Rojo, Angel en Uría-Menéndez (Directores) “Curso de Derecho Mercantil”, Ed. Civitas, Madrid, 1999, tomo I, pag. 103, nro.5.

subordinado a las directrices de la administración central, sin que todo ello afecte a la unidad patrimonial de la empresa”³

La jurisprudencia se ha expresado reiteradamente⁴ en el sentido que no hay diversidad de personas jurídicas entre una sociedad matriz y sus sucursales, por lo que siempre se trata de la misma persona jurídica, siendo la sucursal sólo una dependencia separada de la misma casa central, no importando la distancia de la misma a la que se encuentre.

El patrimonio de la sucursal pertenece a la casa matriz y, como consecuencia de ello, la casa central responde por las obligaciones de la sucursal en forma directa⁵, lo que la distingue de la “filial” que es una sociedad con personalidad jurídica diferenciada⁶.

Lo que distingue a la sucursal de las demás formas de descentralización es su relativa autonomía para celebrar negocios, pudiéndosele asignar un capital y contabilidad separadas.

En tal sentido, la sucursal tiene autonomía porque no se la concibe dependiendo para cada operación que realice de lo que la casa matriz disponga o mande ejecutar; para ello debe tener a su frente un representante o factor con las atribuciones necesarias, que usualmente revisten la generalidad suficiente como para permitir un normal desenvolvimiento de la gestión.

Sin embargo, esta autonomía es limitada ya que las atribuciones para realizar negocios se circunscriben a determinados tipos de operaciones o actos, con exclusión de otros.

Al respecto se ha sostenido que la sucursal es un establecimiento secundario, una forma de desconcentración de carácter permanente, dotado de relativa autonomía ya que es la misma sociedad matriz que ejerce habitualmente actos comprendidos en su objeto, destinados a colaborar en la explotación realizada por el establecimiento principal y cuya existencia no afecta en modo alguno la unidad patrimonial de la empresa⁷

³ Rueda Martínez, José Alejo “La sucursal. Algunos aspectos de su régimen jurídico”, Jose M^º. Bosch – Editor, Barcelona, 1990, pag. 45.

⁴ “Equity Trust (Company) Argentina SA c/Zavala Horacio Raul s/ ejecutivo”, CNCom, Sala A, 19/11/2009, “Cimentaciones SA c.Banco de Galicia y Buenos Aires SA s. Ordinario”, CNCom., Sala A, 09/10/07.

⁵ Zaldívar Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario”, Vol. I, p. 108 y 317 y ss.; Verón Alberto Víctor, “Sociedades Comerciales”, T^º I, p. 47 yss.

⁶ Ver del autor “Derecho societario para la actuación profesional”, Editorial Errepar, Buenos Aires, 2015, pag. 54, en co-autoría con Eduardo M. Favier Dubois (pater).

⁷ Resolución 1632 de la I.G.J. del 15-12-03, en autos “Coca Cola Femsa de Buenos Aires S.A.”, Revista Electrónica de Derecho Societario nro.16, Marzo 2004, publicada en www.societario.com.

3.-La sucursal de sociedad constituida en el extranjero

3.1.-Ley aplicable y requisitos

Cabe aquí recordar que para la ley general de sociedades 19.550, las sociedades no tienen nacionalidad⁸ y la ley aplicable, local o extranjera, depende de su “lugar de constitución”⁹.

Al respecto el art. 118 establece “La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución”.

La ley de constitución rige la existencia y forma de la sociedad, pero también a) la capacidad jurídica, b) los derechos y obligaciones de los socios, c) la designación e integración de los órganos sociales y su modo de funcionamiento y d) la representación societaria, como sustento general, sin perjuicio de aplicar en ciertos casos la legislación territorial si ésta beneficia la validez del acto frente a los terceros contratantes en la República de buena fe.

Ello sin perjuicio de destacar que el lugar de “constitución” debe coincidir con el de su domicilio principal, so pena de ser aplicada la ley argentina si éste último se radica en el país conforme con el art. 124 de la misma ley¹⁰.

Asimismo, la sociedad constituida en el extranjero se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio.

Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente, el mismo art.118, tercer párrafo, establece que debe¹¹:

- 1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país.
- 2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República;
- 3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.

Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales.

⁸ Vítolo, Daniel Roque “Sociedades extranjeras y ‘off shore’”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2003, pag.9 y stes.

⁹ Ver del autor “Las sociedades constituídas en el extranjero frente a la ley 19.550”, en Rev.Doctrina Societaria y Concursal, Edit.Errepar, Bs. As. nro.62 pág.164.

¹⁰ Ver del autor “La resolución general 2/05 de la Inspección General de Justicia y el debate sobre las sociedades off shore”, en La Ley, 2005-B-1028.

¹¹ Ver Nissen, Ricardo “Ley de sociedades comerciales”, Bs.As. 2010, Ed. Astrea, 3ª edición, tomo 2, pag.118 y stes.

Por su parte el art. 120 agrega que “Es obligatorio para dicha sociedad llevar en la República contabilidad separada y someterse al contralor que corresponda al tipo de sociedad”.

3.2. Especialidad del domicilio

Una primera manifestación de autonomía de la sucursal se refiere al plano jurisdiccional donde el domicilio de la sucursal se considera un “domicilio especial”.

Este domicilio especial consulta las conveniencias de los acreedores de la sucursal para evitarles tener que concurrir a litigar a la sede principal, que puede estar muy alejada del lugar, y especialmente para favorecer a los empleados de la sucursal.

Al respecto del art. 152 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) dispone “...La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas...”.

Ello importa dos reglas: Una, que los acreedores de la sucursal deben demandar a la sociedad ante los jueces del domicilio de la sucursal, y otra: que los acreedores de la matriz deben hacerlo en el domicilio de la matriz.

Ahora bien, la posibilidad de demandar en un domicilio ¿impide demandar en el otro?

Alguna doctrina, al comentar el art. 90 inc.4º del código civil anterior, similar al actual, ha señalado que “En caso de suscitarse un reclamo judicial, deberá dirigirse al domicilio de la sucursal y no al social inscripto, si se verifica que lo reclamado es consecuencia de las actividades desarrolladas en virtud del vínculo originado en esa representación”¹².

Sin embargo, otra doctrina también sostiene que los acreedores de la sucursal pueden accionar directamente en el domicilio de la matriz¹³, lo que es coherente con el hecho de ser una misma persona jurídica.

En cuanto a la segunda regla, la imposibilidad de los acreedores de la matriz de demandar en el domicilio de la sucursal, ha sido sostenida por la jurisprudencia, por ejemplo, para impedir la notificación en el domicilio de la sucursal de una

¹² Rivera, Julio César –Director- Código Civil Comentado. Títulos preliminares. Personas”, Artículos 1º a 158. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pag. 394.

¹³ Alterini, Jorge (Director general); Tobías, Jose W (Director del tomo); Alterini, Ignacio (Coordinador) “Código Civil y Comercial Comentado”, Tomo I, Ed. La Ley, Bs.As., 2015, pag.1069.

acción de nulidad de un acto celebrado con intervención de la matriz, o para citar a absolver posiciones al agente local que carece de atribuciones¹⁴

De todos modos cabe aclarar aquí que la imposibilidad de demandar no equivale a la inmunidad patrimonial y que los acreedores de la matriz tienen derecho a agredir los bienes de la sucursal por tratarse de un mismo patrimonio, pero deben cumplir con las exigencias procesales respectivas. En su caso, iniciar las acciones ante el juez del domicilio competente y luego ejecutar la sentencia en el lugar de existencia de los bienes.

Complementariamente, cabe destacar que la ley 19.550 prevé que el emplazamiento en juicio de una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse en el país, si existiera sucursal, en la persona del representante (art. 122 inc.b), lo que también implica autonomía de emplazamiento.

De todo ello resulta que cuando no se trata de una mera sucursal de una sociedad local sino del caso de una sucursal de una sociedad constituida en el extranjero, la autonomía se manifiesta con mayor fuerza.

3.3. Contabilidad separada, patrimonio neto y capital

La ley argentina exige a la sucursal de sociedad extranjera llevar “contabilidad separada” (art.120).

Por su parte, el art. 325 del CCCN dispone que tal contabilidad debe serlo en idioma y moneda nacional y que los registros contables deben llevarse en el domicilio del titular¹⁵.

Por su parte, si bien la asignación de capital es obligatoria solo cuando lo exijan leyes especiales (seguros y bancos) y voluntaria en los demás casos (art. 118 in fine), se considera en todos los casos indispensable al existencia de un “patrimonio neto” positivo en la cuenta “casa matriz”, que hace las veces de capital contable y, además, en caso de haberse asignado capital, deben justificarse su integración y permanencia en el tiempo¹⁶, conforme los términos de la Resolución Particular I.G.J. 961 del 4-10-2006, dictada en autos “Lexmark International de

¹⁴ Conf. Fallos citados por Llambías J.J. “Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2001, pag. 559, nro. 916.

¹⁵ Lo que plantea el tema de la “cloud computing”. Ver del autor “Manual de Derecho Comercial”, Ed. La Ley, Bs.As., 2016, pag.205.

¹⁶ Ver sobre el tema Bello Knöll, Susy y Bouzas, Carolina “Asignación de capital a sucursales de sociedades constituidas en el extranjero” 10/02/2012 / Publicado en Revista electrónica de Derecho Societario, societario.com, octubre 2009. <http://www.susybelloknoll.com/asignacion-de-capital-a-sucursales-de-sociedades-constituidas-en-el-extranjero/>

Argentina Inc.”¹⁷ reiterados en la Resolución General 11/2006 de la Inspección General de Justicia de la Nación, organismo competente en la materia dada su facultad de fiscalización sobre las sociedades constituidas en el extranjero.

Conforme sus considerandos, dicha norma busca tutelar, más allá de la unidad patrimonial y consiguiente responsabilidad plena de la casa matriz, la garantía directa con que cuentan los acreedores locales sobre esa porción del patrimonio de la matriz afectado a la actuación de la sucursal.

Actualmente el principio se mantiene en los arts. 235 y 236 de la R.G. 7/2015 de la I.G.J.

3.4. El caso de las sucursales de entidades financieras

La ley exige como requisito un capital determinado en el país para las sucursales de entidades financieras del exterior y establece que “los acreedores locales gozan de privilegios sobre los bienes que estas entidades posean dentro del territorio nacional” (art. 13 ley de Entidades Financieras 21.526).

Vale decir que la ley discrimina a favor de los acreedores locales dejando el remanente a los extranjeros.

Además de ello, y segmentando también a los acreedores, la ley 25.738 de “Responsabilidad de matrices bancarias” establece en su art. 1º que “... que las entidades financieras locales de capital extranjero y las sucursales de entidades financieras extranjeras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, deberán poner en conocimiento del público en general, los supuestos en los que sus casas matrices o grupo accionario mayoritario de capital extranjero responden por las operaciones bancarias realizadas en la República Argentina y el alcance de dicha garantía. En el supuesto de no proceder dicha responsabilidad, las entidades mencionadas deberán obligatoriamente dejar establecido que sus operaciones bancarias no cuentan con respaldo alguno de sus casas matrices o grupos accionarios mayoritarios de capital extranjero...”.

Más allá de las fundadas críticas doctrinarias sobre dicha norma, por intentar indebidamente prescindir de la responsabilidad de la matriz por las obligaciones de la sucursal bancaria¹⁸, lo cierto es que también evidencia una separación patrimonial entre matriz y sucursal y una diferenciación entre acreedores locales y

¹⁷ “Revista de las Sociedades y Concursos”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., nro.40, mayo/junio 2006, pag.49 y stes..,

¹⁸ Ver Richard, Efraín H. “Sobre sucursales de matrices extranjeras”, en “Revista de las Sociedades y Concursos”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., nro.40, mayo/junio 2006, pag.59.

extranjeros, intentando negar el derecho de los locales de accionar contra la matriz.

3.5. Situación de los representantes

3.5.1. Normativa

En términos generales, el representante de una sucursal no es más que un apoderado o “factor” con las facultades necesarias para atender a la administración del negocio de que se trate a las que se referían los arts. 132 a 161 del derogado código de comercio¹⁹, figura que subsiste en materia de representación en el art. 367 del código civil y comercial de la Nación vigente.

Ahora bien, cuando se trata de sucursales de sociedades extranjeras, la ley tiene normas especiales.

En primer lugar, exige la concreta designación e inscripción de la persona a cuyo cargo ella estará (art. 118 inc. 3º de la ley 19.550).

En segundo término, el art. 121 de la misma ley 19.550 establece que “el representante de sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé esta ley y, en los supuestos de sociedades de tipos no reglamentados, las de los directores de sociedades anónimas”.

Vale decir que para la ley argentina el representante no tiene la responsabilidad del mero apoderado, con las facultades propias de un factor, y sujeto a las instrucciones del principal, sino que su responsabilidad legal se asimila al de un “director de sociedad anónima”.

3.5.2. Asimilación legal del representante de la sucursal al director de sociedad anónima

Al disponer el art. 121 citado que el representante de la sucursal tiene la responsabilidad del director de la sociedad anónima, la doctrina considera que esa asimilación de responsabilidades implica una asimilación de deberes y obligaciones, o sea, conferirle un estatuto similar al de director, debiendo ajustar

¹⁹ Zavala Rodríguez, Carlos Juan “Codigo de Comercio”, Bs. As. 1964, Ed. Depalma, tomo I, pag. 170 y stes.

su conducta al art. 59 de la ley 19.550²⁰ Al respecto se sostiene que dicha norma excluye la aplicación del derecho extranjero en la materia²¹

Si bien es cierto que el mismo Boggiano señala los límites de la aplicación normativa en materia de la responsabilidad interna del representante frente a la matriz y a los accionistas, si los jueces argentinos no tuvieran jurisdicción internacional para conocer en ella²², no cabe dudar de la plena vigencia de la responsabilidad del representante de la sucursal frente a los terceros terceros acreedores de la sucursal, por vía societaria y concursal.

3.5.3. Debate sobre su vínculo representativo

A diferencia de lo que ocurre con los administradores de las sociedades constituidas en la República, donde se adopta la doctrina organicista, la ley 19.550 no menciona si se trata de una representación organicista o convencional, ni la extensión de sus facultades.

Al respecto, Benseñor adhiere a la tesis organicista, entre otras razones como lógico correlato de las responsabilidades que le imputa el art. 121 LSC.²³, posición a la que parece adherir la jurisprudencia penal cuando citó al representante inscripto a concurrir a prestar declaración indagatoria en nombre del ente ideal, teniendo en cuenta que la persona jurídica imputada está constituida en el extranjero, y su presencia en la República Argentina se reduce a una sucursal²⁴.

Sin embargo, otra doctrina considera que para resolver la capacidad de los representantes en su actuación en la República no es necesario recurrir a la teoría del organicista. La relación entre la sociedad y su "representante" se debe interpretar bajo el sistema del mandato representativo siendo en consecuencia oponible a terceros contratantes las eventuales limitaciones que el mismo

3.5.4. La responsabilidad de los representantes como administradores

²⁰ Perciavalle, Marcelo y Monteleone Lanfranco, Alejandro "Sociedades Extranjeras", Ed. Errepar, Buenos Aires, 2004, pag.36.

²¹ Boggiano, Antonio "Derecho internacional privado", Bs.As., Abeledo Perrot, 1991, 3º edición, tomo II, p.85.

²² Boggiano, Antonio "El derecho internacional privado de las sociedades comerciales", ED 74-737.

²³ Benseñor Norberto "Facultades de los representantes de las sociedades constituidas en el extranjero", en VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, Buenos Aires, Sept.1998, Ed. Ad Hoc, t II, pag. 46.

²⁴ Inversora Kilmy S.A. s/ rec. de casación" - CNCP - Sala III - 04/12/2002.

En materia de responsabilidad societaria, las reglas fundamentales son las del art. 59 y 274 de la ley 19.550²⁵.

El primero establece en general que los administradores “deben obrar con la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios”, estableciendo la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños de aquellos que faltaren a tales obligaciones.

La “lealtad” se refiere a privilegiar el interés de la sociedad sobre otros intereses y la “diligencia” se corresponde con la idoneidad técnica con que debe actuarse en el concreto ejercicio del cargo de administrador.

Por su parte, el art. 274 dispone, en su primer párrafo, que los directores “responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”.

Para juzgar en todos los casos la responsabilidad de los administradores resulta fundamental la documentación respaldatoria de sus actos y de sus decisiones, como así que éstas sean “decisiones informadas” o sea que se basen en elementos documentales, jurídicos y contables (vgr. Balances proyectados, presupuestos, planes, informes de mercado, dictámenes, etc.) tenidos en cuenta y evaluados antes de tomar la decisión y que se los haga constar en actas u otros documentos fehacientes. En otros términos es necesaria una integración entre el derecho y las ciencias económicas²⁶.

Además cabe recordar que el régimen societario contiene previsiones específicas en los arts. 271, sobre contratación de los directores con la sociedad (en general), 272, sobre interés contrario (conflicto de intereses puntual) y 273 de la ley 19.550, sobre actividades en competencia (conflicto de intereses permanente), todas las que resultan de gran utilidad para el tema.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en el año 2015 ha agravado la responsabilidad de los administradores societarios en tres puntos:

1) Mientras que en el texto formal del art. 274 de la ley de sociedades 19.550, y más allá de las opiniones doctrinarias, los directores no respondían en caso de

²⁵ Ver del autor “Derecho Societario para la actuación profesional”, Bs.As., 2015, Ed. Errepar, pag. 101 en co-autoría con Favier Dubois (pater).

²⁶ Ver del autor “Debida integración de las Ciencias Económicas en la enseñanza del Derecho” ponencia publicada en el Libro de Ponencias del 7º “Encuentro de Profesores de Asignaturas Jurídicas en Facultades de Ciencias Económicas”, ISSN 2525-118X, pags. 31/40, Edit. Universidad Nacional del Nordeste, Resistencia, Chaco, 2017.

culpa “leve” sino solo en caso de “dolo, abuso de facultades o culpa grave”, en el nuevo Código Civil y Comercial se establecieron normas en materia de personas jurídicas que responsabilizan a los administradores por “culpa” sin permitir excluir a la culpa “leve” (art. 160 CCCN), además de obligarlos a implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de “conflicto de intereses” (art. 159 CCN), lo que no hacía la ley societaria.

2) El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad social contra los administradores, que antes era, como regla, de tres años (art. 848 inc. 1° del derogado Código de Comercio), y en algunos casos, como excepción frente a terceros por considerarla extracontractual, de dos años (art. 4037 del Código Civil derogado), se unifica en la regla de tres años (art. 2561 CCCN), pero se extiende en la práctica porque el curso de la prescripción queda suspendido mientras el administrador continúa en el cargo (art. 2543 inc. d CCCN).

3) En materia de responsabilidad de los administradores en caso de quiebra, la ley 24.522 es restrictiva y exige “dolo” en la actuación (art. 173 ley 24.522), pero el art.1724 del nuevo Código Civil amplía dicho concepto, que ahora no solo se configura cuando se provoca un daño “de manera intencional” sino también cuando existe “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, lo que extiende la responsabilidad a muchos otros casos.

Finalmente, cabe señalar que las responsabilidades referidas dan lugar a diversas acciones judiciales de reparación de daños pudiendo mencionarse, como acciones típicas y entre otras, la acción social de responsabilidad (art. 276 L.S.), la acción individual de responsabilidad en cabeza de accionistas y terceros (art. 279 L.S.), y la acción de responsabilidad de terceros en la quiebra a deducir por el síndico (art.173 y conc. L.C.Q.), quien también puede continuar o iniciar la societaria (arts. 175 LCQ y 278 L.S.)

4. Insolvencia de la sociedad matriz

4.1. Introducción

En caso de la declaración de concurso en el extranjero, y tal como sostenía Halperín hace cinco décadas, el patrimonio de la sucursal va a mantener autonomía respecto del patrimonio de la matriz²⁷.

En el punto, y si no se trata de un país signatario de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, la cuestión quedará regida exclusivamente por las normas

²⁷ Conf. Halperín, Isaac “Sociedades Comerciales. Parte General”, Bs.As. 1966, Edit. Depalma, pag. 79 nota 181.

internas de derecho internacional privado concursal aplicables, que a continuación se consideran.

4.2. Reglas de derecho interaccional privado concursal argentino

De los arts. 2º, 3º y 4º de la ley 24.522 resulta, conforme doctrina y jurisprudencia y siguiendo a Rouillón²⁸, que las reglas que presenta la legislación concursal argentina son las siguientes:

- 1) Posibilidad de declarar la quiebra en la Argentina a persona no domiciliada en el país (“atribución de jurisdicción internacional al juez argentino”): art. 2º inc.2 de la LCQ.
- 2) Determinación de cuál es el juez argentino competente para intervenir en la quiebra del deudor no domiciliado en el país (“competencia territorial de orden interno”): art. 3º inc. 5º de la LCQ.
- 3) Protección de créditos exigibles en la Argentina frente al concurso extranjero del deudor (“territorialidad del concurso extranjero”): art. 4º, primer párrafo, frase segunda, de la LCQ.
- 4) Posibilidad de abrir el concurso en Argentina a consecuencia de la declaración concursal extranjera (“extraterritorialidad limitada de la sentencia concursal extranjera”): art. 4º, primer párrafo, frase primera, de la LCQ.
- 5) Condición de “reciprocidad” para admitir en la quiebra y en el concurso preventivo argentino a un acreedor con crédito pagadero en el extranjero (“regla de reciprocidad”): art. 4, párrafo tercero, de la LCQ.
- 6) Postergación o subordinación, en la quiebra argentina, de los créditos pagaderos en el extranjero y que pertenecen a un concurso extranjero, frente a los demás créditos “locales” (“regla de la preferencia local”): art. 4º, párrafo segundo, de la LCQ.
- 7) Disminución del dividendo, en la quiebra argentina, respecto del crédito percibido, por fraccionamiento, parcialmente en el extranjero (“regla de paridad de dividendos”): art. 4º, párrafo cuarto, frase primera, de la LCQ.

A continuación las analizaremos brevemente a los fines de nuestro estudio.

4.3. Validez de los actos de la sucursal: la regla de la territorialidad

En el art. 4º, primer párrafo, segunda parte, la ley 24.522 se enrola claramente en el sistema de la territorialidad. Se prevé aquí que "el concurso extranjero no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la

²⁸ Rouillón, Adolfo “Código de Comercio” T.IV-A, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, pag.75.

República, para disputarles derechos sobre los bienes existentes en el territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado".

Con ello se niega efectos al concurso foráneo frente a los acreedores locales, se abra o no otro concurso en el país, salvo en cuanto a lo expresado en el primer párrafo, y sin perjuicio de lo que pudiera disponerse en tratados internacionales (Trat. de Der. Com. Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, que regulan la falencia; Trat. de Der. Proc. Internacional de Montevideo de 1940, que prevé el concurso civil).

Hoy en día, ni la resolución extranjera de concurso, ni los acreedores de ese concurso foráneo, ni quienes los representen, pueden invalidar los actos o negocios realizados entre el deudor y los acreedores locales, antes, al tiempo o después de esa resolución.

Es así que los actos realizados por el deudor con los acreedores locales que pudieren ser considerados revocables en el proceso extranjero, en principio permanecen válidos en Argentina y tampoco se aplica en el país la suspensión de acciones individuales sobre activos locales aunque tal suspensión pudiera haberse ordenado en el procedimiento extranjero²⁹.

El fundamento de esta disposición es el argumento pluralista de que el patrimonio del fallido en el país constituye la garantía exclusiva de los acreedores locales.

Es que si las preferencias de los acreedores locales quedaran subordinadas a la existencia o no de un concurso en el extranjero, dependiente de la voluntad del deudor, se lesionaría el principio de justicia distributiva y de indisponibilidad concursal, ya que el deudor no puede erigirse en árbitro de las preferencias³⁰.

Como regla, pues, no hay retroacción de la quiebra foránea; sin embargo, coincidimos con aquellos que sostienen que si se demostrase que esos actos configuran maniobras fraudulentas contra las leyes extranjeras, cabría invocar el art. 2598 del CCCN y peticionar la anulación de los actos fraudulentos en los términos de los arts. 338 y 339 del mismo código.

4.4. Solo puede pedir la quiebra en el país un acreedor de la sucursal: la regla de la extraterritorialidad limitada de la sentencia concursal extranjera

1) Norma.

²⁹ Uzal, María Elsa "Derecho Internacional Privado", Ed. La Ley, Bs.As., 2017, pag 999.

³⁰ C.N.Com. Sala E, 15-9-83 "Trading Américas S.A. s/quiebra" LL 1983-D. 423; Vitolo, Daniel "Manual Económico Jurídico de la Empresa y de las Inversiones Extranjeras", Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2003, pag. 226.

La disposición en análisis (art. 4º LCQ) principia con un primer apartado referido a los concursos declarados en el extranjero, y expresa que "la declaración de concurso en el extranjero es causa para la apertura del concurso en el país a pedido del deudor o de acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República'.

La fórmula ya aparecía en la anterior redacción del art. 4, ley 19.551, y encuentra antecedente en el mismo sentido en el art. 1379 del Proyecto de Código de Comercio del Dr. Segovia y el Proyecto de Ley de Quiebras del Dr. José Antonio Amuchástegui de 1924.

2) Limitación.

De la lectura del párrafo, tal como ha sido redactado, no resulta adoptada, por cierto, la extraterritorialidad "pura" de la declaración extranjera de quiebra, pero parece resultar consagrado, en cambio, un indudable efecto extraterritorial de esa declaración de concurso, en tanto se la reconoce como uno de los supuestos de hecho capaces de "causar" otra sentencia, nacional, en el mismo sentido.

La doctrina especializada entiende que el primer párrafo, primera parte del art. 4º adopta el sistema denominado "extraterritorialidad atenuada", ya que se reconoce efectos a la declaración de concurso extranjero como causal para la apertura de un concurso en el país³¹. Cabe aclarar que se hace referencia a la extraterritorialidad del hecho generador del concurso, es decir, al presupuesto objetivo para la apertura de un concurso: el estado de cesación de pagos. (Los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889 y de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 también reconocen el sistema de la extraterritorialidad del hecho generador) Este supuesto se refiere al caso de concurso "derivado", debido a que existiría un concurso "originario" del deudor abierto en el extranjero con anterioridad, en el cual ya se ha probado el estado de insolvencia del deudor.

Por lo tanto, pese a este "mínimo" reconocimiento de extraterritorialidad, el sistema de la ley 24.522 continúa siendo "territorial" y "plural", desde que es necesario que el juez local dicte el auto declarativo de quiebra nacional, para que la persona física o jurídica adquiera el estado de fallido en nuestro país. Además, como se ha mencionado supra, la sentencia argentina de quiebra tendrá un ámbito espacial de validez que será limitado al territorio nacional, en concordancia con el art. 2º inc. 2º LCQ (respecto de los bienes existentes en el país).

³¹ Cfr. Soto, Alfredo Mario, Temas estructurales de derecho internacional privado, Estudio, San Martín - Prov. de Buenos Aires, 2009, p. 289 y ss.

3) Legitimados para peticionar la declaración.

Por otra parte, cabe destacar que la facultad de invocar el efecto extraterritorial del concurso extranjero aparece en nuestra ley restringida al "deudor" y al "acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República". Se ha interpretado que la norma, con esta última expresión, alude a aquellos créditos "cuyo lugar de pago está ubicado en el país", en cuanto "dicho lugar es el designado en el título de la obligación", el lugar "debido", siendo "irrelevante que el crédito sea pagado de hecho en otro lugar, o que se logre ejecutarlo forzosamente en un lugar distinto al lugar de pago debido"; otros sostienen que aquí se trata de los acreedores "locales" de la quiebra decretada en un Estado, y que siguiendo la calificación del concepto dada por el art. 40 del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y por el art. 46 del Tratado de Der. Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, se alude a aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en dicho Estado. Los términos de la norma en análisis consagran, así, una condición material restrictiva para el ejercicio de la facultad de marras por el acreedor, excluyendo la posibilidad de un cumplimiento voluntario en el país y prescindiendo de la nacionalidad, la sede social, etc., del deudor³².4) Litispendencia.

4) Aplicación solo en casos de quiebras (liquidaciones).

Cabe señalar que la sentencia extranjera debe instrumentar un procedimiento colectivo de liquidación, aunque él no sea conocido en nuestro derecho, que debe poder subsumirse dentro de la calificación de "concurso". Este concepto normativo "iusprivatista" debe ser aquí interpretado con un sentido amplio, capaz de comprender instituciones extranjeras semejantes y comparables por su finalidad (por ej., el "ajuste de cuentas" francés, el procedimiento de "liquidación controlada" italiano, etc.).

Por su parte, en cuanto al procedimiento concursal en el país, la doctrina concluye que la normativa del art. 4° de la LCQ es sólo aplicable al supuesto de quiebra. Se sostiene entre otros fundamentos que: a) Según el art. 4°, primer párrafo, sólo el deudor o el acreedor local pueden pedir la apertura del concurso argentino (supuesto de concurso derivado). El "acreedor" sólo puede solicitar la quiebra de su deudor, y no se encuentra legitimado para solicitar la apertura de un concurso preventivo, que sólo puede peticionarlo el deudor; b) Todo régimen de preferencias opera una vez dado el presupuesto fáctico de existir bienes

³² Uzal, María Elsa "Derecho Internacional Privado", op.cít. pag.996.

liquidados sobre los cuales concurrir, en su orden, los diversos acreedores que aspiren a satisfacerse sobre el producto. Por lo tanto, es necesario un "producto" como resultante de la enajenación coactiva de bienes. No hay preferencias en tanto no exista producto por el cual contender con otro acreedor concurrente.

El concurso preventivo tiene otra finalidad, que es conservar el patrimonio bajo la gestión del deudor, quien obtendrá cierta gracia de sus acreedores (prolongación de plazos, quitas, etc.). Por lo tanto, las preferencias son ajenas al concurso preventivo, que tiene una finalidad ordenatoria y no para asignar el bien con el cual deben satisfacerse los acreedores; y c) El término "remanente" (hoy reemplazado por la ley 24.522 por el término "saldo"), es el sobrante del producto de los bienes, una vez abonados los acreedores preferidos y por ende, impone necesariamente la existencia de una liquidación de bienes que arroje tal producto, del cual resultará el remanente una vez detraídos los créditos preferentes.

4.5. Condicionamiento del acreedor extranjero: no puede verificar si no hay reciprocidad

En el caso que un acreedor extranjero quiera verificar su crédito en concurso argentino, estará condicionado por nuestra ley, según el párrafo tercero del artículo cuarto, a probar que en iguales circunstancias y a la inversa podrá verificarse el crédito de un acreedor argentino en un concurso extranjero. Los acreedores extranjeros cuyos créditos estén respaldados con una garantía real sobre bienes en la República, están exentos de dicha carga.

Este texto normativo peca de impreciso en su redacción, además es criticable la solución propuesta: "La demostración de la reciprocidad que, a su vez, determina la necesidad de probar el derecho respectivo, incumbe al juez cuya obligación es aplicar el derecho extranjero como derecho y no como simple hecho".

4.6. Prioridad del acreedor local: regla de la preferencia local

En el caso de concurso celebrado en el extranjero y quiebra en el país, la solución proviene del segundo párrafo del artículo cuarto de la ley de Quiebras vigente. El mismo establece que los acreedores del extranjero tendrán solo derecho al sobrante que pueda existir en la quiebra dada en la República.

La normativa actual del art. 4° no resuelve la forma en que los acreedores preteridos en el concurso argentino (aquellos exclusivamente pagaderos en el exterior y pertenecientes a un concurso formado en el extranjero) ejercerán sus derechos sobre el "saldo", es decir, si lo ejercerán individualmente

(extraconcurzalmente) o colectivamente (concurzalmente). La ley 19.551 resolvía esta problemática, ya que disponía que los acreedores extranjeros ejercerían "individualmente" sus derechos sólo en caso de existir remanente, una vez pagados íntegramente los créditos locales. Por lo tanto, el concurso argentino no debía continuar y los acreedores extranjeros cobrarían sus acreencias de manera extraconcurzal, conforme el adagio "prior tempore, potior iure".

El legislador de la ley 24.522 omitió utilizar el término "individualmente". Lo cierto es que el art. 228 de la LCQ establece que "saldo" es el sobrante que se reintegra al fallido luego de cancelar el capital y los intereses suspendidos de los créditos verificados. Esto significa que el saldo es extraconcurzal y por lo tanto, lo acreedores pertenecientes al concurso extranjero no sólo son postergados en el cobro, sino que no son admitidos en el concurso argentino.

Por lo expuesto, debemos tener presente que bajo la legislación 24.522 sólo los créditos pagaderos exclusivamente en el extranjero son postergados en el concurso argentino. Pero además son necesarias dos condiciones adicionales: a) debe tratarse de un quiebra, ya que sólo en estos procesos liquidatorios los acreedores pueden pedir su apertura y únicamente en ellos puede predicarse la existencia de un saldo; y b) debe tratarse de un acreedor perteneciente al concurso formado en el extranjero.

Los acreedores que se encuentren en las condiciones mencionadas en el párrafo anterior, no serán postergados sino excluidos del concurso liquidatorio nacional y sus posibilidades de cobro son ilusorias, ya que ningún proceso falencial finaliza con un "pago total", dejando un saldo extraconcurzal para poder ser atacado por éstos.

4.7. Descuento de cobros en el extranjero: la regla de paridad de dividendos

El último párrafo del artículo cuarto de la ley de análisis dispone: "Paridad de los dividendos. Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes. Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real".

Esta norma intenta garantizar la igualdad entre los acreedores. Para que opere es necesario que el acreedor quirografario haya obtenido un beneficio en un proceso, judicial o no, en desmedro de los demás acreedores.

4.8. Situación de los representantes de la sucursal en caso de insolvencia de la matriz

4.8.1. Insolvencia de la matriz

En toda sociedad, una vez que el directorio ha determinado que está en “zona de insolvencia”, la pregunta que deben hacerse los administradores es la siguiente: ¿qué obligaciones fiduciarias se deben y a quién?

Siguiendo a Vítolo podemos afirmar que, en derecho societario norteamericano, el directorio de una sociedad solvente sólo tiene una obligación fiduciaria para con sus accionistas a fin de maximizar las ganancias y su valor.

Sin embargo, cuando una sociedad entra en la zona de insolvencia, el “common law” tiene bien establecido que los deberes fiduciarios del directorio varían para incluir -entre ellos- la preservación de los activos de la sociedad para beneficio de los acreedores; un elemento que -hasta ese momento- no se encontraba entre aquellos a ser evaluados por los directores de la sociedad deudora en la conducción de sus actos de administración ordinaria del negocio.

Otro motivo para el cambio en los deberes fiduciarios del directorio es la potencial conducta oportunista en tiempos de insolvencia. El cambio de deberes en el momento de ingresar en la zona de insolvencia -entonces- apunta a proteger a los acreedores y a asegurar la conservación de los activos sociales.

Sin embargo, este cambio de deberes no significa que el directorio no deba considerar otros sectores en su proceso de toma de decisiones. De hecho, los directores se enfrentan con la tarea de considerar a todos los sectores en sus decisiones, incluyendo a los accionistas y a los acreedores, pero no sólo a éstos.

El caso primordial referido a las obligaciones del directorio -en el derecho norteamericano- y que se ocupó de acercar algo de luz al respecto, es el del Crédit Lyonnais Bank. En ese caso el Tribunal Judicial de Delaware entendió que cuando una sociedad opera cerca de la insolvencia, el directorio no es simplemente un representante de quienes tienen el riesgo residual, sino que tiene un deber -también- para con la sociedad misma. En una conocida nota de pie de página, el Tribunal explicó que los directores tienen la obligación de considerar la comunidad de intereses que la sociedad representa, al tomar una decisión en la zona de insolvencia.

4.8.2. Sucursal “in bonis”

Una situación que nos interesa aquí destacar se plantea respecto de los representantes de la sucursal cuando es la sociedad matriz la que entra en zona de insolvencia mientras la sucursal se mantiene in bonis.

En tal caso, parecería que los deberes de los representantes ya no deberían privilegiar los intereses de los accionistas de la matriz sino los de los acreedores.

Al mismo tiempo, parecería que dentro del universo de acreedores, deberían privilegiar los intereses de los acreedores locales por sobre los intereses de los acreedores de la matriz en el sentido de no autorizar remesas de fondos de la sucursal a la matriz en la medida en que pudieran comprometer la solvencia de la sucursal.

Es que, en algún sentido y a nuestro juicio, la relación entre representante de sucursal y directorio de matriz podría asimilarse a la del directorio de una sociedad controlada respecto del directorio de la controlante, donde debe primar el “interés social” por sobre el interés grupal³³.

En el caso, el interés social de la sucursal estaría dado por el regular cumplimiento de sus obligaciones y la posibilidad de continuar con la empresa en marcha.

Con tal alcance, cabe concluir que los deberes de los representantes pueden llevarlos a tener que privilegiar los “intereses de la sucursal” en cuanto al cumplimiento de la ley, continuidad operativa, garantías de sus acreedores y sustentabilidad financiera, por sobre el “interés de la matriz” y las instrucciones provenientes de ella.

5. Conclusiones

Si bien la sucursal de sociedad constituida en el extranjero no goza de una distinta personalidad jurídica, el régimen interno argentino determina que goce de ciertas “autonomías legales”, a saber:

1)“Foral”: No corresponde que los acreedores extranjeros (que no contrataron con la sucursal) puedan iniciar acciones de cobro ante los tribunales del país contra la sucursal, sin perjuicio de la ejecución aquí de las sentencias dictadas en el extranjero bajo las reglas del “exequatur”.

2)“Contable”: Debe llevar contabilidad separada, en idioma nacional y con registros en el domicilio local, para información de los acreedores de la sucursal.

³³ Manóvil, Rafael “Grupos de sociedades en el Derecho Comparado”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1998, pag. 583; Ver también del autor “Derecho Societario para...”, op.cít., pag. 37 y stes.

3)“Patrimonial”: Debe tener en el país un “patrimonio contable positivo” y, si se asigna capital, mantener su consistencia en el tiempo, en protección de los acreedores de la sucursal.

4)“De privilegio de ahorristas locales”: Si es entidad financiera, el capital asignado responde prioritariamente a los acreedores locales bajo la forma de un privilegio. Los acreedores ajenos a la sucursal quedan así postergados.

5)“De responsabilidad agravada del factor”: Al representante de la sucursal, a pesar de ser técnicamente un “factor”, se le atribuyen las mismas responsabilidades y deberes que a los directores de sociedades anónimas.

6)“Concursal”: En caso de insolvencia declarada de la matriz en el extranjero, la sucursal goza de “autonomía concursal” con los siguientes alcances:

a) La sucursal no se encuentra alcanzada por el estado concursal de la matriz y puede seguir normalmente con sus operaciones.

b) Los actos celebrados por la sucursal no pueden ser impugnados con fundamento en el concurso declarado en el extranjero.

c) Los funcionarios del concurso extranjero no tienen, en principio, legitimación para efectuar reclamaciones patrimoniales en el país (conf. fallo CNCom., sala B, 03/09/76, Panair do Brasil S.A., quiebra (exhorto del Brasil)).

d) La sucursal no tiene obligación de presentarse en concurso mientras no se encuentre en cesación de pagos en Argentina.

e) Para que la sucursal pudiera ser declarada en quiebra en Argentina como consecuencia de la presentación concursal de la matriz en el exterior, sería necesario: 1.-Que el concurso en el exterior fuera de “liquidación”; 2.-Que la quiebra sea pedida por un acreedor pagadero en Argentina (no por un acreedor pagadero en el exterior), conforme con la regla de extraterritorialidad limitada.

7)“Fiduciaria”: En caso de declaración de insolvencia de la matriz y estando “in bonis” la sucursal, los deberes de los representantes a cargo de ella se ordenan a dar prioridad al “interés de la sucursal”, en cuanto al cumplimiento de la ley, continuidad operativa, garantías de sus acreedores y sustentabilidad financiera, por sobre el “interés de la matriz” y las instrucciones provenientes de ella.