

CONTROL DE CAMBIOS E INGRESO DE DIVISAS EN LA UTILIZACIÓN DE LOS APORTES IRREVOCABLES PARA EL FINANCIAMIENTO DE LAS EMPRESAS. UNA NUEVA TRABA PARA LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

María José van Morlegan

Propuesta

Eliminar las disposiciones del “encaje” respecto de los aportes irrevocables, cuando se acredite la titularidad de las acciones y la existencia de un acuerdo entre aportante y sociedad para la consideración de los mismos.

I. Antecedentes

Durante la década del 90, la proliferación de los aportes irrevocables se debió especialmente a que permitía el ingreso de fondos a las sociedades, por parte de sus accionistas, de una forma mucho más ágil y expeditiva que la realización de un aumento de capital y, por ello, satisfacer en forma inmediata las necesidades de financiación locales. Por otra parte, los aportes irrevocables no sólo se utilizaban para financiar nuevos proyectos de las sociedades sino para absorber pérdidas ante los supuestos previstos por el arts. 94 inc. 5 y 206 de la Ley de Sociedades Comerciales.

En los inicios de la crisis económico financiera que doblegó las inversiones de capital en Argentina, los mecanismos de financiamiento y capitalización de las compañías locales comenzaron a tipificarse restrictivamente lo cual dio inicio a una carrera de regulación y restricción de los aportes irrevocables hasta alcanzar las últimas normas específicas del Banco Central («BCRA»).

Así, la RT 17 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas fue precursora en la

reglamentación de los requisitos que deberían verificarse para que las sociedades locales contabilicen los aportes recibidos. Luego, fue la Comisión Nacional de Valores (CNV) quién, mediante la RG 466/04 determinó en qué condiciones se pueden realizar los aportes a sociedades abiertas. En sintonía con la CNV, la Inspección General de Justicia (IGJ), mediante la RG 25/04 y complementarias, reguló para las sociedades cerradas inscriptas en la ciudad de Buenos Aires la forma de realización e instrumentación de los aportes irrevocables, estableciendo un plazo máximo de 180 días de aprobado, para decidir su capitalización o restitución al accionista inversor.

Paralelamente, en el 2003 el gobierno argentino estableció restricciones sobre los ingresos de capital a la Argentina, consistentes principalmente en la prohibición de transferir al exterior cualesquiera fondos antes de que hubieran transcurrido 180 días calendario desde su ingreso al país. Con el objetivo de mantener la estabilidad y recuperación económica frente al movimiento de capitales desde y hacia la Argentina y de profundizar los instrumentos necesarios para el seguimiento y control de los movimientos de capital, y disuadir el ingreso de capitales especulativos que pudieran, mediante el ingreso y posterior egreso, alterar el tipo de cambio, el gobierno argentino estableció en 2005 (decr. 616/05) una serie de restricciones adicionales a los ingresos tales como (i) el aumento a 365 días calendario del período mínimo durante el cual deben permanecer los fondos que ingresen al mercado local de cambios, y (ii) la constitución de un depósito obligatorio, nominativo no transferible (encaje), en US\$ por el 30% del monto involucrado en la operación, el cual deberá ser constituido por el plazo de 365 días corridos y no devengará intereses ni podrá ser utilizado como garantía en operaciones de crédito. En un principio, estaban expresamente excluidos del encaje aquellos ingresos que calificaran como inversiones directas; entre ellos, los aportes de capital no se veían afectados.

II. Restricción al ingreso de divisas en calidad de aporte

Sin embargo, en un escenario de profunda desconfianza que involucra también a inversiones legítimas, el BCRA dispuso mediante la Comunicación A-4447, que reglamenta el decr. 616/05 y la Comunicación A-4359 y modificatorias, la aplicación de los requisitos de plazo mínimo y encaje descriptos en el párrafo anterior para todo

ingreso de fondos al mercado local de cambios destinado a aportes de capital en sociedades locales que no cumplan con los requisitos establecidos a continuación. Hoy los aportes irrevocables no pueden ser liberados a sus beneficiarios sin demostrar ante la institución financiera actuante que el aporte ha sido capitalizado en forma definitiva, que se ha dado inicio al correspondiente trámite de inscripción de dicho aumento de capital (reduciendo notablemente el plazo de "gracia" de 180 días antes permitido en las normas de IGJ, por la inmediata necesidad de aplicación de los fondos), y que se ha obtenido su inscripción en los siguientes 250 días. Asimismo, con el dictado de la Comunicación A-44048 del BCRA, se ha dispuesto la aplicación del depósito obligatorio aquellos aportes de capital transferidos por el inversor no residente a una cuenta en el exterior de la sociedad participada determinando el ingreso obligatorio a la Argentina de dicho aporte irrevocable dentro de los dos días de su acreditación en el extranjero, para evitar la aplicación del encaje, lo cual nuevamente se contradice con la facilidad de financiamiento que el accionista extranjero pueda otorgar a la sociedad local de al menos 180 días.

Dentro de este intento de remedio legal que se ha intentado dar a los capitales fluctuantes o «golondrina», las entidades financieras han maximizado los controles, aún en mayor medida que lo requerido por BCRA en una posición conservadora frente a posibles sanciones penales, y los inversores extranjeros se han visto afectados, no solo ya en la rentabilidad de sus negocios por las presiones fiscales a las que están sujetos, sino también en un sin número de trámites y papeleos burocráticos frente a las entidades financieras para poder tan solo solucionar situaciones reales de liquidez que necesitan sus subsidiarias, como ser el pago de deudas con proveedores, sueldos, entre otros. Estas medidas no han hecho otra cosa que tornar en inaplicable en la práctica a la figura del aporte irrevocable para futuros aumentos de capital por parte de inversores extranjeros, quienes no desearían mantener inmovilizados sus fondos por un encaje elevado como el que tenemos frente a una inyección de capital necesaria en su sociedad participada. En virtud de ello, el inversor extranjero se encuentra una vez más en desventaja frente al local, quien tiene la posibilidad de efectuar un aporte irrevocable pudiendo decidir su destino, en un plazo de hasta seis meses su acerca de su capitalización definitiva o su restitución, mientras que el inversor extranjero para ingresar sus fondos sin sufrir la retención del 30%,

con el consecuente costo financiero de dicho depósito, está obligado a proceder a la capitalización inmediata de su aporte. Finalmente, según la normativa del BCRA, los inversores extranjeros no podrían tampoco ingresar divisas como aporte (sin que sean objeto del encaje) y destinarlos a la absorción de pérdidas de la sociedad local en la que participan. Esta última desventaja cobra especial relevancia en la actualidad ya que el 10 de diciembre de 2005 venció la prórroga del plazo de suspensión de la aplicación de los arts. 94 inc. 5 y 206 de la Ley de Sociedades Comerciales (decrs. 1269/2002, 1293/2003y 540/2005).

III. Incompatibilidades con el tratamiento jurídico contable del aporte

Por último, y desde el punto de vista operativo, esta nueva normativa también trae contradicciones.

El BCRA exige para liberar los fondos recibidos como aportes (sin aplicarle el encaje) que se acredite ante la respectiva entidad financiera el inicio del trámite de inscripción de aumento de capital ante la IGJ. Por su parte, como es lógico, la IGJ nos exige para que dicho trámite pueda ser inscripto, que se presente una certificación contable que acredite que los aportes del mencionado aumento ha sido efectivamente integrados, pero dicha acreditación de los fondos en la cuenta de la sociedad no se producirá hasta tanto no se presente al banco interviniente la constancia de iniciación del trámite. Esta contradicción obliga a las sociedades a iniciar el trámite de inscripción del aumento de capital en la IGJ sin contar con la mencionada certificación contable que recién podrá ser acompañada cuando el banco libere los fondos.

Recientemente, el 31/7/07, el BCRA emitió una norma (Com. A "4692") flexibilizando el ingreso al Mercado libre y Unico de Cambios para las repatriaciones de inversiones directas de no residentes, como puede ser el caso de un accionista extranjero que ha realizado aportes a una sociedad local, y la sociedad aportada decide su restitución. En tal caso, la Com. A "4692" prevé la acreditación de una decisión de restitución del aporte para la salida de la divisa en ese concepto, olvidando que hoy el ingreso del aporte ya cuenta con la condición de ser capitalizado para poder liberar el encaje instaurado por los bancos; lo cual torna la situación netamente confusa. Hoy, solo cabría dicha restitución a través del procedimiento del art. 203 de la ley 19.550.

Asimismo, redundan las incongruencias entre la normativa de IGJ y del BCRA: mientras por disposiciones de IGJ se permite al accionista prever el destino de su aporte para la absorción de pérdidas de la sociedad local, sin su previa capitalización, el BCRA obligaría la simultánea o al menos inmediata decisión de aumentar el capital para luego reducirlo en virtud de la aplicación del art. 206 de la Ley de Sociedades Comerciales.

¿Bajo qué circunstancia el BCRA puede cercenar el destino que un socio pueda darle al aporte de capital en la sociedad? Claramente probado ha sido en la doctrina la utilidad del concepto del aporte de capital, aún cuando permanezca el debate sobre su naturaleza jurídica.

IV. Propuesta

La normativa, en contrario al tratamiento doctrinal, ha seguido los lineamientos hacia la derogación del instituto de los aportes irrevocables. La RG 466/04 de la CNV, por una parte, que obliga a las sociedades abiertas a financiarse mediante aumentos de capital, préstamos u obligaciones negociables, al exigir para su procedencia el requisito de "emergencia" y un exiguo plazo de capitalización; la RG7/05 de IGJ (que incorpora la previa RG 25/04) fijando un plazo determinado para la capitalización de los aportes a los efectos de permitir su contabilidad en el patrimonio neto social, y hoy las normas del BCRA generando un costo financiero a los inversionistas, sin distinción de su naturaleza o de los fines perseguidos por la inyección de fondos a la sociedad en la cual participan. A todo evento, si la pretensión es erradicar la manipulación de divisas que faciliten el escape de capitales, la solución parecería ser condicionar el egreso de la divisa y no el ingreso legítimo para realizar "inversiones directas" en el país.

Proponemos entonces la eliminación del requisito del encaje instaurado por Comunicación "A" 4359 y siguientes respecto de los ingresos de divisas por el concepto del encaje y la enmienda de la Comunicación "A" 4692 para la repatriación de los fondos en concepto de restitución de aportes irrevocables, con un plazo de hasta 3 años como señala el Anteproyecto de Ley de Sociedades Comerciales.