

ANTICIPOS IRREVOCABLES A CUENTA DE FUTUROS AUMENTOS DE CAPITAL¹

Autor: Dr. Daniel Balonas
Instituto de Derecho Comercial del
Colegio de Abogados de Lomas de Zamora
"Dr. Ángel Mauricio Mazzetti"

XLI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

San Isidro, abril de 2005.

Ponencia: *ES BIENVENIDA LA REGLAMENTACIÓN DEL INSTITUTO POR EL ART. 190 DEL ANTEPROYECTO, Y ESPECIALMENTE LA CONSIDERACIÓN DE SU RESTITUCIÓN COMO SUBORDINADA AL RESTO DEL PASIVO. NO SE COMPARTE QUE ELLO OCURRA DESDE EL CUARTO MES Y NO DESDE EL ORIGEN Y ESPECIALMENTE SU INCLUSIÓN EN EL PATRIMONIO NETO Y COMO CAPITAL A EFECTOS DE LOS ARTS. 94, 206 Y 31. TAMPOCO SE COMPARTE LA RES. 25/04 DE LA I.G.J. POR LOS MISMOS MOTIVOS ANTES INDICADOS, Y ESPECIALMENTE PORQUE IMPONE OBSTÁCULOS INÚTILES A LA CAPITALIZACIÓN DE TALES ANTICIPOS, QUE DEBE SER LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR LAS NORMAS.*

Desarrollo:

1. ACLARACIONES PREVIAS.

Pese a la cuestión planteada en la ponencia en lo que hace a la incorrecta denominación del instituto en análisis, y teniendo en cuenta lo arraigada que se encuentra la errónea denominación, vamos a usar indistintamente los términos anticipos irrevocables y aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos.

No nos proponemos en este trabajo plantear la remanida, y aún no resuelta, cuestión de cuál es la naturaleza jurídica de los anticipos irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital, a pesar de que será inevitable hacer alguna referencia.

Por nuestra parte, ya hemos tomado una posición al respecto², inclinándonos por la naturaleza sui generis del instituto, aunque considerando muy aproximada la posición sostenida por García Cuerva³ referida a la existencia de dos actos, uno unilateral (la oferta) y otro bilateral (la renuncia a la revocabilidad y su aceptación por parte de la sociedad con la recepción de los bienes).

¹ En una pelea que ya a esta altura, y con la redacción del anteproyecto, debería dar por perdida, vengo sosteniendo desde hace años (Ponencias presentadas en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, Rosario 2001 y II Jornadas Argentino Chilenas de Institutos de Derecho Comercial, Mendoza, 1999) entiendo que la denominación más popularizada de Aportes Irrevocables, no es del todo feliz, ya que, siendo que el directorio sólo se encuentra facultado para recibir aportes por delegación de la asamblea una vez decidido el aumento, la recepción de bienes en cualquier otra circunstancia podrá tener cualquier otra denominación, pero nunca la de aporte. Ésta interpretación surge con toda claridad del fallo dictado en autos "Zavala Sáenz, Armando c/ Radio Familia S.A. S/ Ordinario", del que si bien no comparto la conclusión final sobre los anticipos irrevocables no puede dejar de valorarse su excelencia intelectual, que invalida el procedimiento invertido en la suscripción, consistente en la oferta de aporte anterior a la oferta de suscripción por parte de la sociedad. Recientemente se hizo eco de la postura de no llamarlos aportes EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (P) en comentario al fallo Ganga, Julia c/ La Rectora Compañía Argentina de Seguros SA s / liquidación publicado en Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (D.S.C.E.); Jurisprudencia. De todos modos, siendo el nombre más popularizado el de aportes irrevocables, debemos aceptarlo, aún a pesar de su imprecisión lingüística.

² "Aportes Irrevocables a Cuenta de Futuras Emisiones", ponencia presentada en las II Jornadas Argentino Chilenas de Institutos de Derecho Comercial. Mendoza 1999.

³ HÉCTOR MARÍA GARCÍA CUERVA. "El llamado aporte irrevocable a cuenta de futuras emisiones", La Ley Tº 1983-A, Pág. 741

No obstante ello, consideramos que la presente ponencia resulta aplicable cualquiera sea la postura que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica de los mismos.

2. INTRODUCCIÓN.

Los aportes irrevocables son fondos que personas, socias o no, entregan a la sociedad con el objeto de que los mismos sean capitalizados. Sin embargo, el hecho de que sean recibidos por el órgano de administración, sin autorización previa del órgano de gobierno, que es el que tiene competencia para decidirlos, hace que los mismos no puedan ser considerados aportes, y deja al instituto en un estadio no previsto por la Ley actual.

Los aportes irrevocables nacieron, como la mayor parte de los institutos del derecho comercial, en la práctica diaria, y de allí las dificultades para determinar su verdadera naturaleza jurídica.

Como ya se dijo, el instituto no se encuentra previsto en la Ley de Sociedades actual, pero ha sido receptado por numerosas normas reglamentarias⁴ y por ya reiterada jurisprudencia tanto administrativa como tribunalicia.

Casi todas las normas mencionadas tratan a los aportes irrevocables a efectos de determinar en que rubro del balance se debe incluir, habiendo adoptado una posición que consideramos incorrecta y que consiste en considerarlo un rubro del patrimonio neto. Por mi parte sostuve⁵ que debe considerarse un pasivo.

3. LAS NORMAS DE LA FEDERACIÓN ARGENTINA DE CONSEJOS PROFESIONALES DE CIENCIAS ECONÓMICAS.

Las Resoluciones Técnicas de la Federación Argentina de Profesionales en Ciencias Económicas, que siempre tendieron a considerarlos parte del patrimonio neto, han sido mejoradas en la redacción de la R.T. N° 17, que en el punto 5.19.1.3.1. dice que *"la contabilización de esos aportes debe basarse en la realidad económica. Por lo tanto, sólo deben considerarse como parte del patrimonio los aportes que: a) Hayan sido efectivamente integrados; b) Surjan de un acuerdo escrito entre el aportante y el órgano de administración del ente que estipule: 1) que el aportante mantendrá su aporte, salvo cuando su devolución sea decidida por la asamblea de accionistas (u órgano equivalente) del ente mediante un procedimiento similar al de reducción del capital social; 2) Que el destino del aporte es su futura conversión en acciones; y 3) Las condiciones para dicha conversión; y c) hayan sido aprobados por la asamblea de accionistas (u órgano equivalente) del ente o por su órgano de administración ad referendum de ella. Los aportes que no cumplan las condiciones mencionadas integran el pasivo"*.

Si bien no puede dejar de destacarse el esfuerzo hecho para intentar acercar la registración contable a la verdadera naturaleza jurídica del instituto en análisis, la redacción merece dos observaciones: i) en principio, y tal como expuse antes, entiendo que los aportes irrevocables, hasta que la asamblea no apruebe su capitalización⁶, siempre son un pasivo y ii) la condición

⁴ Normas como la Circular B 1424 del B.C.R.A., la Comunicación A 3147 del mismo órgano, las Resoluciones Técnicas 6, 9 y 17 de la F.A.C.P.C.E. (entre otras), la Instrucción N° 6 de la SAFJP y la Resolución 110 de la C.N.V. hoy reemplazada por el Texto Ordenado 2001 de normas de la C.N.V. los mencionan, y regulan la forma de valuarlos y exponerlos en los estados contables, así como la posibilidad de que las entidades financieras los incluyan en su patrimonio a efectos de medir su capacidad patrimonial. Más recientemente, por la Resolución IGJ 25/04 que intentó regularlos, aunque a mi criterio, en forma bastante desacertada.

⁵ Libro de Ponencias del VIII Congreso Nacional de Derecho Societario, Rosario, 2001, tomo III p. 83.

⁶ Lo que incluye la decisión del aumento y el hecho de que los demás accionistas renuncien (o no ejerzan dentro del plazo de Ley) el derecho de preferencia, salvo que se pretenda aplicar la excepción del Art. 197.

prevista en el punto b.1. resulta de imposible cumplimiento, ya que el directorio no puede comprometer que en caso que la asamblea decida el reintegro de los aportes (lo que equivale a que decida no aceptarlos como tales) adopte un procedimiento similar al de reducción del capital social, tanto porque no corresponde tal procedimiento, como porque el directorio no tiene facultades para comprometer la forma en que actuará la asamblea.

4. LAS NORMAS DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA.

Recientemente, la Inspección General de Justicia dictó la Resolución 25/2004 en la que reglamenta este instituto, y aunque se concentra en la capitalización de los anticipos irrevocables, trae algunos conceptos que resulta interesante comentar.

El Art. 5º dispone los requisitos para inscribir un aumento de capital que implique la capitalización de aportes irrevocables, en tanto los mismos se hayan efectuado en dinero o disponibilidades fácilmente liquidables. Los requisitos se refieren principalmente al contenido del acuerdo y su tratamiento por la asamblea dentro de los 180 días. Pero lo que no queda claro es qué ocurre si los aportes fueron efectuados sin reunir todos esos requisitos o si no se trata de dinero o disponibilidades.

Todo parece indicar que no será inscripto el aumento y que deberá contabilizarse en el pasivo y simultáneamente capitalizarse el mismo, lo que evitará objeciones del organismo. Realmente consideramos que la norma, como hace en los artículos siguientes, debió concentrarse en regular a los aportes irrevocables durante el período previo a la capitalización, y no obstaculizar a éste procedimiento, que es el que debe perseguirse.

El resto de los artículos dispone que los Aportes Irrevocables forman parte del patrimonio neto, y como tales pueden computarse como límites para evitar disolución o reducción del capital, o el Art. 31, en tanto no hayan transcurrido los 180 días sin que la Asamblea apruebe su capitalización. Pasado dicho lapso deben integrar el pasivo social.

Como ya dije, no puede compartirse la solución. No es viable ni conveniente permitir que una partida, en general muy significativa, integre transitoriamente el patrimonio neto, sujeta a una suerte de condición resolutoria. En ese ínterin los efectos pueden ser definitivos, como por ejemplo evitar una disolución o una reducción de capital, o simplemente mostrar un estado contable con una solvencia que no es la real, ya que seis meses después los anticipos "irrevocables" desaparecerán.

Tampoco puede compartirse la referencia a la publicación previa a la restitución de los mismos, cuando dicha publicación no tiene sustento legal. La mención en la Resolución Técnica 17, ya dijimos, no tiene sustento ni puede obligar a las sociedades.

5. LA SOLUCIÓN QUE PROPONE EL ANTEPROYECTO⁷.

Más allá de las críticas o soluciones no compartidas, no podemos dejar de destacar el avance que implica haber considerado y reglamentado el instituto.

EL proyecto dispone:

"ARTÍCULO 190.- Aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones. Los aportes que los accionistas o terceros efectúen a cuenta de futuras emisiones deben ser acompañados por un instrumento que contenga:

⁷ De la comisión creada por Resolución 102/02 del MJDH.

- 1) *El nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número del documento de identidad del aportante o los datos de individualización y de registro o autorización tratándose de personas jurídicas;*
- 2) *La indicación de su calidad de tercero, de accionista de la sociedad o de su controlante o controlada;*
- 3) *Las características y monto del aporte, individualizándose con precisión los no dinerarios, sin perjuicio de la oportuna aplicación del artículo 53;*
- 4) *El plazo que se fija para la capitalización, que no puede exceder de TRES (3) años.*

Adquieren el carácter de aportes irrevocables e integran el patrimonio neto de la sociedad desde la resolución del directorio que los acepte como tales. De no reunir todos los requisitos enunciados o no mediar aceptación dentro de los TRES (3) meses de efectuado, serán restituidos al aportante. Vencido ese plazo integrará el pasivo y el crédito del aportante será subordinado.

Se tendrá como capital nominal al aporte irrevocable sólo para los efectos de las normas que fijan límites o relaciones entre las participaciones y el capital social.

El aportante tiene derecho a requerir que la capitalización de su aporte se incluya en el orden del día de las asambleas y hasta el vencimiento del plazo o la restitución de su importe su crédito será subordinado."

Como puede verse, sigue los lineamientos de lo dispuesto por la RT 17 de la F.A.C.P.C.E, aunque mejora a la misma sustancialmente. Se comparte plenamente el plazo de tres años para la capitalización y el considerarlos un crédito subordinado una vez decidida la no capitalización o vencido su plazo, y aún en el caso de no ser aceptados.

La solución de considerar a los aportes irrevocables un pasivo subordinado fue la propiciada en la ponencia ya citada, presentada en Rosario en el año 2001, con lo resulta compatible. No se comparte la disposición en cuanto a que durante los primeros tres meses el crédito no reúna tal carácter, ya que el peligro sería la existencia de sucesivos aportes irrevocables, de los distintos socios, que cada tres meses los retiren y sean reemplazados por otro.

Como ya dije alguna vez, quien hace un anticipo irrevocable a cuenta de capital, asume el riesgo del negocio como propio, no hace un préstamo sino que invierte en la sociedad. En consecuencia es lógico que cobre después de todos los demás acreedores.

Es lógico que exija un acuerdo por parte del directorio en el que ya debería constar la aceptación, como requisito para hacer el desembolso. No sería habitual que existan desembolsos sin tal recaudo, aunque en tal caso, no habiendo aceptación alguna, no sería un anticipo a cuenta de capital.

También se le debe criticar el lugar en el que fue insertado (Sociedades Anónimas), dejando de lado a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, donde también resulta muy habitual su existencia.

Otra crítica de que es susceptible es que debió limitarlos a la integración en efectivo, ya que no existiendo contralor de los aportes en especie, en esta instancia, resulta sumamente peligroso incluirlos en el patrimonio neto.

Finalmente, y conforme lo analizo a continuación, insisto en la crítica a su incorporación al patrimonio neto.

6. PASIVO O PATRIMONIO NETO.

6.1. Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de los aportes irrevocables.

Si bien ya dijimos que no es el objeto de este trabajo entrar en el análisis de la naturaleza jurídica del instituto, resulta necesaria una referencia a las principales posiciones sostenidas por la doctrina.

Quienes sostienen la posición del mutuo, o un comodato en su caso, gratuito, con opción por parte de la sociedad a restituir los mismos bienes recibidos o acciones⁸, así como quienes se inclinan por el contrato condicional, o el de compra venta de cosas futuras⁹ no pueden encontrar ninguna objeción a nuestra posición, por cuanto parten de la base de que hasta tanto no se capitalicen, no se trata de aportes y, en consecuencia, para la sociedad son un pasivo.

Lo mismo puede decirse para la postura adoptada por la justicia in re “Zavala Sáenz, Armando C/ Radio Familia S.A.” en el que se considera nulo al aporte irrevocable, ya que nos encontramos ante una obligación de la sociedad de reintegrar lo recibido en virtud del contrato declarado nulo.

Las posiciones defendidas por ALEGRÍA¹⁰ (contrato sujeto a ratificación) y por GARCÍA CUERVA¹¹, (del acto complejo oferta – renuncia a facultad de revocar la oferta) tienen en común que consideran, correctamente a nuestro criterio, que el contrato de suscripción aún no se ha perfeccionado, sea porque aún debe ratificarse la aceptación de la oferta por parte de la sociedad o porque ésta aún no se ha producido. En consecuencia los aportantes tienen tan solo un crédito (no han adquirido el status de socio ni los derechos que tal status concede) y la sociedad tiene una deuda que consistirá en reintegrar lo recibido o en entregar acciones, según sea el desenlace del contrato. Ello nos lleva a considerar que ineludiblemente se trata de un pasivo.

Coincide con ésta última afirmación OSCAR A. GARCÍA cuando sostiene que “*El aportante es acreedor actual de la capitalización prometida, contraprestación que constituye la causa jurídica de su aporte anticipado. Pero es también un acreedor eventual de la suma anticipada, pues deberá restituírsela en caso de que se rechace o se frustre la capitalización*”¹².

Resulta un poco más difícil analizar el supuesto de quienes, al igual que nosotros, entienden que los aportes irrevocables tienen una naturaleza jurídica propia. Sin embargo resulta insoslayable el principio sostenido en el párrafo anterior, en cuanto a la calidad de acreedor, ya sea a las acciones o a la suma adelantada, del aportante.

6.2. Desde el punto de vista de la propiedad del capital.

Los activos sociales tienen dos fuentes de financiamiento: Externo e interno. El externo es el que se expone en el pasivo, y el interno el que se muestra en el patrimonio neto.

⁸ Entre otros, RICARDO A. NISSEN en “Ley de Sociedades Comerciales”, Tº 3, Pág. 168 a 176. Edit. Ábaco, Buenos Aires, abril 1997

⁹ DIEGO MARÍA LENON. “Negocios Societarios”, “Naturaleza Jurídica de los Anticipos Irrevocables a Cuenta de Futuras Suscripciones de Capital”, Edit. Ad hoc, Buenos Aires, Agosto de 1994. Pág. 253 y Ss.. Citado por MIGUEL J.R. DE LEZICA en “Aportes Irrevocables a Cuenta de Futuras Emisiones”, en Revista Impuestos, Tº LVII-A Pág. 144 y Ss., Edit. La Ley, Buenos Aires, 1998.

¹⁰ HÉCTOR ALEGRÍA. “Introducción al Estudio del Aporte a Cuenta de Futuras Emisiones”. Ponencia presentada en las II Jornadas Nacionales de Derecho Societario. Buenos Aires, septiembre de 1981. Citado por MARÍA LUISA VIVES en “El Instituto del Aporte Irrevocable para la futura emisión de capital, en el impuesto a los capitales”, LI Tº LX Pág. 779. Edit. Cangaño. Buenos Aires, noviembre de 1989.

¹¹ Op. Citada.

¹² “Aportes Irrevocables a Cuenta de Futuros Aumentos de Capital” por OSCAR A. GARCÍA en Revista de las Sociedades y los Concursos N° 2 Ene/Feb 2000, pág. 22. Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2000.

O, dicho de otro modo, el pasivo nos indica, en términos económicos, los fondos que fueron provistos por terceros, y el patrimonio neto lo aportados por los socios, de allí, que la suma de estos rubros equivalga al activo.

En consecuencia, a efectos de determinar si los aportes irrevocables deben incluirse en el pasivo, debemos determinar si sus titulares son socios o no.

Y no resulta difícil establecer que, si bien tienen intenciones de serlo, aún no se les puede dar ese estado hasta que la asamblea apruebe la capitalización y ésta se produzca con los fondos aportados por ello.

Antes de que esto se produzca, no tienen los derechos políticos ni económicos del socio¹³, lo que no los puede colocar en otra situación que la de acreedores de la sociedad.

A pesar de ello, entendemos que no son acreedores comunes, motivo por el cual es razonable considerarlos acreedores subordinados a los demás, y a los que se les debe aplicar la normativa sobre préstamos de los socios (Art. 190 *in fine* del proyecto)

Nuestros tribunales han resuelto casi en forma unánime que ello es así¹⁴, ya que quien entregó fondos en carácter de aporte irrevocable, lo hizo asumiendo el riesgo empresario y con un seguro derecho de fiscalización de esa inversión, por lo que su posición es muy distinta a la de los demás acreedores.

Pero ello no lo convierte en socio, ni al aporte en patrimonio neto, ya que no puede negarse su facultad de verificar el crédito y, de haber remanente, percibir el reintegro después de los demás acreedores, pero antes que los socios. Ello siempre y cuando, en el supuesto del concurso, la sociedad no decida capitalizar los aportes.

6.3. El Peligro de exponer a los aportes irrevocables dentro del patrimonio neto.

Amen del error conceptual que implica, conforme los argumentos ya expuestos, y de la información errónea que ello brinda a terceros, el encuadramiento de los aportes irrevocables en el patrimonio neto, de acuerdo a las normas hoy vigentes, puede generar errores al aproximar el concepto de aportes irrevocable al de capital

Y ello es lo que ocurrió, por ejemplo, con el dictamen del Coordinador General Contable de la I.G.J.¹⁵ en el que se ha llegado a sostener que los aportes irrevocables integrados son computables, como reservas, a los fines del Art. 94 inc. 5 y 206 de la Ley de sociedades. Criterio luego seguido por la Res. 25/04 de la I.G.J. y ahora por el anteproyecto de reforma a la Ley de Sociedades.

Sin embargo hay una gran diferencia con el capital y con las reservas, que radica principalmente en la libre disposición de los mismos por parte de los socios (con sólo no aprobar el aumento, o el paso del tiempo, se deben restituir).

Por otro lado, si a efectos del Art. 94 inc. 5° (en concordancia con el 96) no se lo puede entender como reintegro, ya que ello no generaría las nuevas acciones que quienes en-

¹³ Si bien podrían tener el estado de socio por participaciones que tuvieran con anterioridad a los aportes irrevocables, ese estado de socio no provendría de los aportes irrevocables, y los derechos que pretenderían obtener con los nuevos aportes aún no los tendrían.

¹⁴ "Palacio El Fumador S.R.L. S/ Quiebra" CNCom Sala C, "Schoijet, Mirtha S. C/ Silean S.A. y Otro S/ sumario" CNCom Sala E, etc.

¹⁵ Suscripto por el Dr. PEDRO E. FIZZANI en el expediente iniciado por Cinema Hoyts de Argentina S.A. y fechado el 14-1-2000.

tregaron los fondos pretenden, y si lo tomáramos como un aumento posterior a la reducción del capital, estaría faltando el derecho de receso para quienes no lo aprueben.

7. CONCLUSIONES.

Es positivo que se busque reglamentar a los anticipos irrevocables, así como la consideración de su restitución como subordinada al resto del pasivo.

No se comparte que no se haya incluido a las sociedades de responsabilidad limitada, que durante los primeros tres meses no sean subordinados y, esencialmente, que se lo considere como patrimonio neto y que cuente como límite a los fines de los Arts. 94, 206 y 31.

En tal supuesto, considerarlo patrimonio neto, resulta disvalioso aceptar aportes que no sean en efectivo, ya que no están sujetos, en esta instancia, a la fiscalización del organismo de contralor.

Tampoco, y por los motivos reseñados, y especialmente porque impone obstáculos inútiles a la capitalización de los anticipos, puedo compartir la Res. 25/04 de la I.G.J.