

COMISION IV

Profesor: Eduardo A. ROCA

NATURALEZA JURIDICA DEL ANTICIPO A CUENTA DE FUTURAS EMISIONES

I. PRELIMINAR

Entre los numerosos problemas derivados de la imprecisión y deficiencias administrativas que torturan nuestra vida jurídica, la variedad de las soluciones que se vienen ensayando para dar seguridad y certeza a los aumentos de capital de las sociedades anónimas, es uno de los principales. Ha terminado por convertirse el proceso de creación y emisión de nuevas acciones en una permanente complicación para las sociedades, los accionistas y ... las propias autoridades.

Un subproducto de tal problema es la situación de los aportes que accionistas o terceros entregan a la sociedad, como anticipo a cuenta del aumento que la sociedad dispondrá en su oportunidad.

En un sistema legal regularmente organizado no pueden pasar sino semanas desde que la decisión de aumento es adoptada hasta que es hecha efectiva. De manera que no es necesario cavilar sobre cuál es la naturaleza de la suma ingresada a la entidad por el concepto de que aquí se trata. Como es diferente la cosa en la práctica nacional, se hace indispensable determinar en el derecho argentino si esa suma deberá incorporarse al pasivo como capital o deuda; si las acciones correspondientes participan en las utilidades o devengan intereses; si deben estar representadas por certificados; si sus titulares gozan del derecho de asistir a las asambleas y deliberar y votar en ellas; si en el supuesto de procedimientos concursales deben ser tratados como acreedores o sujetos a un tratamiento especial.

En suma, es necesario tener un concepto cierto de la naturaleza de estos aportes para ubicarlos correctamente en el cuadro patrimonial y contable de la sociedad y resolver los diferentes problemas que puedan presentarse a su respecto.

II - ANTECEDENTES

II. 1. Normas positivas

Como ha ocurrido en otros aspectos no legislados, las resoluciones fiscales y administrativas se han adelantado a las normas del derecho de sociedades.

Es así, conocido el tratamiento que la ley 21.894, referente al ajuste de los balances impositivos, dio a los aportes o anticipos recibidos a cuenta de

futuras integraciones de capital: que forman parte del pasivo, detrayendo su importe del activo. Hay, eso sí, condiciones: han de resultar de compromisos de aporte o de suscripción documentados y los trámites correspondientes serán iniciados dentro de los ciento ochenta días (artículo 134 del reglamento).

En el campo bancario, las circulares del Banco Central disponen que tales anticipos sean tomados en cuenta para el cálculo de los capitales mínimos de las entidades financieras.

Existía, por último, una regla hoy desaparecida de la Inspección General de Justicia de la Capital Federal: las normas de actuación para los inspectores que concurren a asambleas (1)

11. 2. Precedente jurisprudencial

El caso más próximo al tema en cuestión es la sentencia que registra La Ley T. 109, pag. 611, dictada en junio 29 de 1962 por la Sala B (J. Zavala Rodríguez y A. Vasquez) en el caso Holt Ruffin y Cía. S.A. c Frascoplast S.A. Según el resumen de la revista:

"No se configura el contrato de suscripción de acciones si no existe la adhesión o suscripción al llamado de la sociedad anónima, y el contrato consiste en cambio en la obligación de entregar una suma de dinero a la sociedad con la condición de que ésta aumente su capital a una cifra determinada. Es válida una estipulación de esta naturaleza, y no rigen para ella las doctrinas relativas a la incondicionalidad del contrato de la suscripción o la invariabilidad del capital de las sociedades de esa especie".

"El incumplimiento del contrato en que se convino el aumento de capital de la sociedad anónima hasta una suma determinada, autoriza a rescindirlo si el aumento se produjo en una cantidad menor".

"Pactada la cláusula rescisoria, el incumplimiento de la parte culpable autoriza a la otra a declarar la rescisión del contrato y a exigir la devolución del dinero entregado".

11. 3. Criterio doctrinario

El más importante está inédito. Se trata de una ponencia efectuada por el doctor Hector Alegría a las Jornadas de Derecho Societario de la Universidad Notarial Argentina, realizadas los días 10, 11 y 12 de septiembre de 1981, bajo el título "Introducción al estudio del aporte a cuenta de futuras emisiones" (utilizó como base de su proposición una conferencia pronunciada ese mismo año sobre el tema en el Instituto de Derecho Privado de la Universidad de Belgrano). Otros dos autores, basando sus puntos de vista en el de Alegría, presentaron ponencias acerca de puntos específicos de la cuestión general. La de Reyes Oribe versó sobre "Los aportes a cuenta de futuras emisiones en el receso" y la de Buey Fernandez acerca de "El aporte a cuenta de futuras emisiones frente a la falencia de la sociedad" (2)

Otro antecedente relevante es un artículo de Alfonso de Laferrere (h) para quien

"... pueden emitirse certificados provisorios correspondientes a aumentos

de capital resueltos por las asambleas y pendientes de inscripción. Dichos certificados serán canjeados por títulos definitivos, cuando se inscriban en el Registro Público de Comercio las decisiones de la asamblea" (3)

Finalmente, debe mencionarse a Verón que en su libro Sociedades Anónimas de Familia (T. 3, pág. 1348) se refiere a este tipo de operaciones que no por carecer de regulación, dejan de ser utilizadas y correctas. No las considera deudas de la sociedad en el sentido de tener que devolver las sumas ingresadas sino una obligación preexistente, en el sentido del artículo 197, inc. 2^o consistente en entregar a cambio de esa, fondos, acciones de la sociedad; ello así no vemos -dice- por qué en estos supuestos no debe incluirse estas sumas en el patrimonio neto de la sociedad".

III - NATURALEZA DEL NEGOCIO

III. 1. Es un contrato

Aún cuando en la doctrina extranjera la naturaleza del convenio de suscripción es discutida, en nuestro derecho tanto los autores como la jurisprudencia están contestes en que se perfecciona con la aceptación de la oferta que formula el accionista por parte de la sociedad emisora (4):

Se mantiene esta naturaleza contractual del acuerdo de suscripción en el caso de las acciones provenientes de aumentos de capital, en los cuales "mutatis mutandi" serán aplicables las reglas referentes al período de constitución (5).

III. 2. Perfeccionamiento del contrato

El contrato queda perfeccionado en el momento en que las partes manifiestan recíprocamente su consentimiento, siendo que los requisitos necesarios para la emisión del título representativo del aporte, aunque impuesto imperativamente por la ley mercantil, es sólo un requisito de forma para la prueba del contrato por parte de quien realizó el aporte, tanto en lo que concierne al ejercicio de sus derechos sociales como para la eventual cesión de su posición frente a terceros.

Es situación similar a la transferencia de inmueble, negocio también bilateral y consensual que requiere en virtud de la disposición de los artículos 1184, 1185 y 1187 del Código Civil formalidades engorrosas. Sin embargo, tales normas "no son óbice para considerar el boleto como un contrato de compraventa en firme, serio, definitivo, perfecto en sí mismo como contrato de compraventa y que la exigencia de la escritura pública es un requisito formal que hace al modo de adquisición del dominio con independencia de la compraventa en sí" (6)

De modo que si la decisión de aumento de capital y emisión de las acciones pertinentes lleva la aprobación anterior a la asamblea o es ratificada posteriormente por ella, es vinculante para todos los socios y la entidad, en razón de lo dispuesto por el artículo 12 de la ley 19.550, deberá recibir a los tenedores de las nuevas acciones, sean socios antiguos o nuevos. Es sabido que el incumplimiento de las formalidades previstas para las modificaciones, no acarrea la irregularidad de la sociedad sino simplemente la inoponibilidad de la modificación a terceros. (7)

- 52 -

En el caso de las anónimas, lo único que puede ser agregado a lo anterior es que la expresión "socios otorgantes" no comprende sólo a quienes firmaron los documentos públicos privados requeridos por las normas pertinentes, sino a todos los vinculados por las correspondientes decisiones de asamblea o directorio que permite la ley 19.550 (8)

IV - POENENCIA

En consecuencia de lo expuesto, sería muy conveniente para la certeza jurídica propia de los actos de la sociedad y en especial los referentes a la constitución de su capital social que este III° Congreso de Derecho Societario declare que los aportes a cuenta de futuras suscripciones, cuando aceptados por los órganos de la entidad emisora dentro de las facultades delegadas por la asamblea extraordinaria en las asambleas ordinarias o en el directorio, constituyen negocios firmes, no revocables, salvo en caso de incumplimiento arbitrario por parte de la sociedad, sujetos sólo a la condición resolutoria del uso del derecho de preferencia y de acrecer de los accionistas preexistentes. El importe ingresado figurará en el grupo contable referente al capital social y sus aportantes tendrán derecho a las acciones y dividendos, según lo que se haya pactado, y certificados provisorios que les permitan ejercer sus derechos de socio. En caso de falencia, tal aporte será tratado como capital.

(1) El texto del art. 6.5 de las normas aprobadas por la resolución N°2 del 1° de abril de 1976, decía: "Si se hubieran presentado acciones o certificados de acciones, sin haberse cumplido los requisitos legales o estatutarios relativos a la emisión, el Inspector no se opondrá a que sus tenedores concurren a la asamblea si han sido anotados en el libro de asistencia y así lo resolviere la asamblea, computándose su capital a los efectos del quorum y votaciones. Si hay oposición para la incorporación a la asamblea de los citados tenedores, el Inspector deberá proponer que se haga votación nominal con estos títulos, de todo lo cual dejará constancia en el acta que se labre".

(2) Es necesario tener en cuenta las conclusiones de Alegría, según él mismo las consignó al final de su trabajo: "El aporte a cuenta de futura suscripción es un fenómeno societario de creciente utilización práctica, que debe analizarse profundamente en doctrina y, eventualmente, recibir tratamiento legislativo. 2. El aporte a cuenta de futura suscripción no es un acto unilateral ni un acto sometido a condición. 3. El aporte a cuenta de futura emisión no es revocable por el aportante, si la sociedad está cumpliendo en condiciones normales con los actos necesarios para que la emisión futura se cumpla (asamblea, instrumentación, registración, publicidad, etc.). 4. El aporte irrevocable a cuenta de futura emisión, sólo puede ser revocado si la sociedad deniega arbitrariamente la realización de los actos necesarios para la emisión o la rechaza o condiciona en forma incompatible con el aporte realizado o la legítima expectativa del aportante. 5. El aporte a cuenta de futura suscripción debe respetar el derecho de preferencia y de acrecer de los accionistas preexistentes. 6. Salvo disposición expresa pactada al momento de realizar el aporte a cuenta de futura suscripción, o admitida posteriormente, debe entenderse que ese aporte se destina a acciones ordinarias, sin prima, de la sociedad emisora. Las otras características de las acciones resultarán de sus estatutos, cuanto de los antecedentes concretos de la sociedad emisora (al portador o no, de más de un voto, etc.). Alteradas estas condiciones o las condiciones pactadas, al disponerse la emisión, el aportante tendrá derecho a retirar su aporte. 7. El aportante no tiene derecho a exigir daños y perjuicios si la sociedad no ratifica su participación o deniega realizar

-53-

la emisión, ello sin perjuicio de la restitución de lo aportado y eventualmente de sus actualizaciones e intereses, y de los eventuales daños exigibles a quienes prometieron realizar tales actos de ratificación (accionistas, por ejemplo). 8. Producida la insolvencia societaria, el aporte destinado a futura suscripción no puede figurar, sin más, como crédito a favor del aportante. Debe estudiarse cada situación y, en particular, figurando el aporte en esa forma al momento de la cesación de pagos y de la quiebra posterior, debería tener el tratamiento dado al capital (por ejemplo, en caso de receso ejercitado) y no al del acreedor".

(3) "Emisión de títulos accionarios con trámite pendiente en Información Empresaria, órgano de la Cámara de Sociedades Anónimas de Buenos Aires, 30 de julio de 1978.

(4) C. Nac. de Comercio, sala A, dic. 17/960, E.D.T. 1, pág. 123; sala B, julio 30/980, La Ley 1980 - D - Pág. 87; Zaldívar, Vol. III, pág. 150, 2da. edición; Halperín, Sociedades Anónimas, pág. 229, edición 1974; Farina, Sociedades Anónimas, pág. 253, edición 1979. En derecho francés, Hemard, Terre y Mabilat, Sociétés Commerciales, I, Pág. 598, edición 1972; en el italiano Brunetti, Diritto della Società, T. II, pág. 173, edición 1948 y con algunas reservas Ferrí, Le Società, pág. 601, edición 1971; en el español, Garrigues y Uría, Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, tomo II, pág. 186 y 270).

(5) Por ejemplo, Garrigues y Uría, Idem, T. II, pág. 230.

(6) Morello, "El boleto de compraventa inmobiliaria", pag. 50, edición 1965; ver Llambías, Alterini, Código Civil Anotado, T. III - A, pág. 103, Edición 1982

(7) Richard, Escuti (h), Romero, "Manual de Derecho Societario", pág. 69, Edición 1980.

(8) "... (Hay) un instrumental rico (en la ley 19.550) que permite un sin fin de soluciones prácticas porque en el nuevo sistema han sido creados ocho distintos tipos de capital, calificados en cuanto a la clase de decisión necesaria para la elevación del capital social: a) previsto en el estatuto para ser utilizado por la asamblea ordinaria (arts. 188 y 234, inc. 4); b) elevado por asamblea extraordinaria (art. 235, inc. 1); c) delegado en el directorio por la asamblea extraordinaria; d) delegado en el directorio por la asamblea ordinaria; e) emitido por la asamblea extraordinaria; f) emitido por la asamblea ordinaria; g) emitido por el directorio por delegación de la asamblea ordinaria; h) emitido por el directorio por delegación de la asamblea extraordinaria (Roca, "El aumento de capital en las sociedades por acciones", en Derecho Empresario, Tomo V, pág. 769).