

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ANTICIPOS IRREVOCABLES A CUENTA DE FUTURAS SUSCRIPCIONES DE CAPITAL

DIEGO MARÍA LENNON

PONENCIA

Esta ponencia, que se complementa con otra sobre el tratamiento de los anticipos irrevocables frente al concurso preventivo o quiebra de las partes, tiene por finalidad aportar una nueva noción sobre la naturaleza jurídica de este instituto y, consecuentemente, sobre el régimen jurídico aplicable al mismo.

Para ello se pone especial relevancia en la realidad negocial de estos aportes irrevocables, describiendo la intención que preside en las partes al efectuarlo.

Finalmente, luego de un repaso y comentario crítico sobre algunas opiniones de prestigiosos autores sobre el tema, aportamos nuestro punto de vista que, resumidamente, consiste en identificar a los anticipos irrevocables a cuenta de futuras suscripciones de capital como contratos de compraventa de acciones futuras, resultándoles aplicable el régimen establecido por los arts. 1404 a 1407 del Cód. Civil.

FUNDAMENTOS

Este ha sido un tema sumamente árido y que ha provocado no pocas controversias. Han sido numerosas las posturas adoptadas en torno a la naturaleza jurídica de los anticipos irrevocables que —necesariamente— deben guardar íntima vinculación con la realidad negocial de dicho instituto.

En ese sentido, creemos que, en la mayoría de los casos, las sociedades anónimas recurren a estos aportes de bienes frente a situaciones de crisis financieras que, por razones de urgencia, impiden esperar el cumplimiento de los pasos obligados para que se reúna la Asamblea de accionistas y decida un aumento del capital.

Esta pareciera ser la razón principal que inspira la realización de estos adelantos a cuenta de acciones que, por una cuestión lógica, son efectuados por directores o socios y, sólo excepcionalmente, son realizados por sujetos que no reúnen alguna de las dos calidades mencionadas.

En efecto, es prácticamente inimaginable que un tercero ajeno a la sociedad decida ingresar fondos a la misma "a cuenta de futuras suscripciones de capital", cuando ni siquiera está legitimado para provocar la realización de la Asamblea que decida el necesario aumento de dicho capital y, en su caso, sabiendo que deberá respetar el derecho de preferencia que asiste a los accionistas. Antes bien, optará por efectuar un contrato de mutuo dinerario, que le asegure el recupero de los fondos que quisiera invertir, en un plazo determinado y con las garantías que correspondan.

Por ello, es de vital importancia comprender que cuando el aportante y la sociedad deciden realizar un anticipo irrevocable a cuenta de futuras suscripciones de acciones, la intención que preside el negocio es la de aportar fondos a cambio de acciones futuras, pero no del recupero de los fondos ingresados, para lo cual —como se dijo— resulta más apropiado la celebración de un mutuo.

Volviendo, entonces, a las causas generadoras de éste negocio, la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema, coinciden en asignar a las mencionadas dificultades y demoras que provoca el trámite previsto para el aumento de capital de la sociedad, la motivación principal de la realización del negocio que nos ocupa.¹ Por su parte, el Dr. Vítolo, en un completo trabajo, agrega otras razones adicionales que, a su juicio, pueden estar presentes a la hora de efectuar anticipos a cuenta de futuras acciones, algunas de las cuales no compartimos, pero que bien vale la pena citarlas brevemente. Menciona, en ese sentido, el encubrimiento de mutuos dinerarios sin agravamiento del pasivo a corto plazo y sin perjudicar la exposición del balance o presionar aportaciones de accionistas minoritarios, bajo la amenaza de licuación de su participación social o incorporar deudas financieras con accionistas o socios mostrándolas como un incremento de la exposición de la cuenta patrimonial de la sociedad, evitando algunos aspectos de la tributación impositiva.²

¹ SASSOT BETES, Miguel Ángel y SASSOT, Miguel P.: *Sociedad Anónima, bonos, debentures y obligaciones negociables*, p. 187. Ábaco de Rodolfo Depalma, marzo 1985; VERÓN: *Sociedades comerciales. Ley 19.550. Comentada, anotada y concordada*, p. 73, Depalma, octubre 1988; GUTIÉRREZ, Pedro: "Los aportes a cuenta de futuras emisiones de acciones en el derecho argentino", *JA*, 1989-III-787; VILLANUEVA DE JURADO, Julia: "Sociedad Anónima: Aumento de capital", *LL*, 4/10/94, p. 2).

² VÍTOLO, Daniel Roque: *Negocios parasocietarios. Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital: Cuestiones Doctrinarias y jurisprudenciales*, p. 113, Ad-Hoc, agosto 1994.

Esta descripción merece algunas aclaraciones. En cuanto a la primera de las motivaciones invocadas, relativa a la ocultación de mutuos dinerarios, reiteramos que —a nuestro juicio— difícilmente quien pretenda prestar fondos con la intención que los mismos sean devueltos, se avenga a efectuar un aporte a cuenta de futuras suscripciones de capital que, como veremos, no le garantizan el recupero de esos fondos, sino sólo su canje por acciones. Recuérdese, en tal sentido, que en el contrato de mutuo, el mutuario debe devolver al mutuante, en el término convenido, una cantidad de cosas iguales y de la misma especie y calidad que las recibidas (art. 2250 Cód. Civil).

Por el lado de la sociedad receptora de esos fondos, tampoco resulta atractivo su contabilización como un mutuo, que —a diferencia del aporte y tal como veremos luego— tiene una incidencia negativa en el balance. Esta característica contable sí constituye —en nuestro criterio— una real motivación para celebrar el negocio que venimos analizando.

Por todo ello, reconocer como origen de los aportes al mutuo dinerario, resulta inapropiado.

En cuanto a la segunda razón invocada por el Dr. Vítolo como causa de estos anticipos a cuenta de acciones, referida a la maniobra tendiente a licuar la participación social de los accionistas minoritarios, señalamos que ello sólo será válido en la medida que se acepte que dichos aportes constituyen obligaciones preexistentes en los términos del art. 197 inc. 2º de la ley 19.550, que permitan suspender el derecho de preferencia.

Es que, de no admitirse la aplicación de la citada norma de la ley societaria, el aporte a cuenta de futuras emisiones de acciones de ningún modo puede ser útil —o mejor dicho relevante— como elemento de presión, ya que los minoritarios, que conservarán su derecho de preferencia superior al de los aportantes, se verán compelidos a suscribir las nuevas acciones a riesgo de licuar su participación, independientemente de la existencia de los aludidos adelantos a cuenta de acciones.

En fin, sin pretender agotar las variadas situaciones que pueden presentarse en la realidad para justificar esta modalidad de ingresar bienes a una sociedad, entendemos que las mencionadas precedentemente son las que se presentan con mayor asiduidad y permiten —a partir de ellas— intentar dar un enfoque jurídico que se ajuste a delimitar el negocio descripto.

Aclarado ello, pasamos ahora a considerar las distintas posturas que se han adoptado con relación a la naturaleza jurídica de estos anticipos irrevocables.

En ese sentido, es tal vez el Dr. García Cuerva quien se ha ocupado con mayor dedicación a describir y analizar algunas teorías existentes con relación a la naturaleza jurídica de los aportes irrevocables³, mencionando concretamente a la teoría de la

³ GARCÍA CUERVA, Héctor: *El contrato de suscripción de acciones*, Depalma, pp. 75 y ss.

oferta irrevocable⁴, teoría del contrato preliminar⁵, teoría del contrato sujeto a ratificación⁶ y teoría del contrato sujeto a condición.⁷

Entendemos que el error en el análisis que el Dr. García Cuerva hace de estas teorías, parte de pretender identificar a este contrato innominado con el contrato de suscripción de acciones, postura que lo conduce inevitablemente a descartar algunas teorías por una supuesta falta de capacidad del órgano de administración para celebrar ese contrato y a adoptar una postura en cierto modo rebuscada que le permita eludir esa inexistente incapacidad, no advirtiendo que estamos ante otro convenio diferente, respecto del cual el Directorio de una S.A. goza de plena legitimación y capacidad para celebrarlo (art. 58 L.S.).

También se ha dicho que éstos aportes irrevocables constituyen un mutuo⁸, postura que si bien tampoco compartimos, es importante detenernos en su análisis por la importancia que reviste la posible existencia de la obligación por parte de la sociedad de devolver los fondos recibidos y no las acciones prometidas.

Decíamos que rechazamos esta postura, ya que tal como fue descripto el negocio y la intención que prevalece en las partes al celebrarlo, mal puede hablarse de mu-

⁴ Esta es la postura adoptada por el autor citado, quien hace referencia a la existencia de dos actos de distinta naturaleza: "por un lado, la oferta propiamente dicha, de naturaleza unilateral, prenegocial; y por el otro, al acto bilateral, negocial de la renuncia a la revocabilidad".

⁵ Luego de definir al contrato preliminar como aquél "jurídicamente contingente que obliga a la conclusión de otro contrato que regulará los intereses de las mismas partes sustanciales", García Cuerva critica esta teoría por considerar que el Directorio de una Sociedad Anónima no tiene capacidad para celebrar un contrato preliminar de estas características.

⁶ Esta posición es seguida principalmente por Alegria. Por su parte, García Cuerva vuelve a centrar su crítica en la falta de capacidad del órgano de administración, al afirmar que "la ratificación integra el acto originario y, por consiguiente, retrotrae los efectos al momento de la celebración del contrato, circunstancia que torna inaceptable esta postura, ya que el contrato sólo es legítimo cuando se efectúa luego de una decisión legítima del órgano societario".

⁷ Respecto a ella, GARCÍA CUERVA afirma que "se fundamenta en lo previsto en el art. 542 del Cód. Civil, ya que si se supedita la existencia de la obligación sólo a la voluntad de la sociedad, la nulidad es la consecuencia de la inserción de la condición potestativa".

⁸ NISSEN, Ricardo A.: *Negocios parasocietarios. Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones de acciones*, Ad-Hoc, agosto 1994, p. 94, destaca que en doctrina y jurisprudencia se ha desestimado esta postura afirmando que el aportante no es un acreedor de la sociedad. "pues no presta fondos a la misma con el objeto de obtener un interés", señalando que no se advierte que el "mutuo comercial no se presume oneroso en nuestra legislación mercantil, ni aún en el caso de ser comerciante el prestamista" (arts. 560 y 565 del Cód. de Comercio). No advertimos de la lectura de dichas normas que el mutuo comercial no se presume oneroso, antes bien, interpretamos lo contrario, a lo que adicionamos la expresa directiva dispuesta en el art. 218 inc. 5° del mismo cuerpo legal.

tu cuando, en rigor, no se persigüé el recupero de los fondos ingresados sino la adjudicación de acciones (arg. art. 218, inc. 1º, Cód. de Comercio)⁹. Por lo demás, admitir la existencia de un mutuo, importaría limitar o abandonar el pacto de irrevocabilidad celebrado entre las partes, lo que lleva a preguntarse porqué no celebran directamente ese contrato de préstamo, abandonando este complicado contrato de adelanto irrevocable.

A lo que habrá que responder que, en primer lugar, ella no es la intención de las partes, principalmente de la sociedad que un caso contabiliza los fondos recibidos en el pasivo (mutuo) y en el otro en el patrimonio neto (anticipo); ello con las consecuencias conocidas. Por otra parte, la sociedad que recurre a estos aportes, generalmente no está en condiciones de asumir compromisos de devolver dinero a corto plazo, y sí acciones.

Por el lado de la jurisprudencia, un reciente fallo ha sido muy clarificador al respecto, afirmando que "parece razonable interpretar que, cuando un sujeto entrega en calidad de aporte a una sociedad una determinada suma de dinero, está renunciando a la posibilidad de volver sobre sus pasos y reclamar la restitución de lo aportado. Sólo en caso de ser negativa la decisión de la Asamblea de capitalizar el aporte efectuado por el socio en forma anticipada al contrato de suscripción hace nacer en su cabeza el derecho a demandar la restitución de lo aportado ya que, en caso contrario, los derechos de aquélla se circunscribirían al reclamo de las acciones emitidas en la proporción de su aporte".¹⁰

Por su parte, el Dr. Pedro Gutiérrez, reafirma esto con absoluta claridad y convicción, cuando dice que "La sociedad nunca se obligó a devolver el aporte. Su obligación de devolver sólo nacerá si se resuelve por cualquier causa el contrato".¹¹

En síntesis, creemos que la caracterización de esta operación como un mutuo, prescinde en absoluto de la realidad del negocio analizado y es producto del error, tan común a los juristas, de pretender asignar a una operación novedosa su correspondencia con un instituto ya conocido y previsto.

Como dijimos, existen otras importantes opiniones referidas a la naturaleza jurídica de los adelantos irrevocables que por razones de extensión, omitimos deliberadamente analizar.¹² Por último, sobre la base de lo expuesto, corresponde avanzar so-

⁹ VERÓN, Alberto: ob. cit., p. 335 destaca que quien realiza el anticipo lo hace "con el propósito de ser considerado accionista, y no prestamista, con todos los riesgos empresariales que dicha calidad implica, preludiando así un futuro contrato de suscripción", y más adelante agrega que "no se ha generado una deuda para la sociedad, en el sentido de tener que devolver la suma ingresada, pero sí una obligación preexistente, consistente en entregar a cambio de ella fondos, acciones de la sociedad".

¹⁰ C. Nac. Com., Sala E. 15/9/92, "Schoijet, Mirta v. Silean y otro".

¹¹ GUTIÉRREZ, Pedro: ob. cit., pto. X.

¹² FAVIER DUBOIS, Eduardo (p): *Negocios parasocietarios. Apostillas provisionales (a cuenta de futuras investigaciones) al instituto de los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones*. Ad-Hoc, agosto 1994, p. 76, sostiene que los aportes irrevocables son

bre nuestra opinión relativa a la naturaleza jurídica de los anticipos irrevocables a cuenta de futuras emisiones de capital.

En primer lugar, y a modo introductorio, traemos a consideración una importante opinión del Dr. Vítoło, que se ajusta en gran medida a nuestra posición, cuando analizando las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del instituto que venimos estudiando, al mencionar la que denomina "Teoría de la naturaleza propia" señala que "Esta concepción nos parece la más adecuada. No debe sorprendernos la existencia de institutos no encasillables en categorías predeterminadas. Existen casos específicos del régimen societario donde los institutos adquieren características propias, sin que deban ni puedan ser enmarcados en categorías generales; tal es el caso de la responsabilidad de los Directores, que el legal y típica, no revistiendo—desde nuestro punto de vista—carácter contractual ni extracontractual. El aporte irrevocable, atento a sus características atípicas sería solamente eso; un anticipo de aporte irrevocable o, simplemente, un aporte irrevocable, con un mecanismo propio de funcionamiento y un régimen particular operativo sin perjuicio que, sobre su pertinencia o legalidad, pueda discutirse".¹³

Podrá advertirse, de una rápida lectura, la concordancia entre lo precedentemente transcripto y lo manifestado en orden a la realidad negocial descrita, similitud que—de más está decirlo—provoca nuestra total adhesión a la opinión apuntada e introduce de un modo clarificador nuestra opinión sobre la aludida naturaleza jurídica.

Ahora bien, profundizando aún más sobre la verdadera entidad de esta operación, hemos llegado a la conclusión de identificar al mismo con un contrato de compraventa de acciones futuras que, si bien es un instituto preexistente, es—sin dudas—escasamente utilizado.

En efecto, bien puede identificarse al negocio que nos ocupa, con la llamada venta de la esperanza o *emptio spei*, que—en las prestigiosas palabras de Raymundo Fernández y Osvaldo Gómez Leo—es la compraventa en la cual "el comprador paga el precio convenido asumiendo el riesgo de que la cosa que el vendedor se obliga a entregarle en propiedad, llegue o no a existir; es decir, se trata de una venta de carácter aleatorio... en la *emptio spei*, que estamos estudiando en este parágrafo, ocurre que el contrato de compraventa queda perfeccionado y las obligaciones resultantes son exigibles desde ese mismo momento, pues el comprador debe pagar el precio convenido y el vendedor entregar la cosa si ella llega a existir; si ello no ocurre, habiendo asumido el riesgo el comprador, nada recibirá, pues en ello radica el carácter aleatorio del contrato".¹⁴

"un compromiso previo, de carácter contractual, con cláusula de opción, pero no de un contrato perfecto desde el vamos". Por su parte, SASSOT BETES - SASSOT, *ob. cit.*, p. 188, afirman que se trata de "un acto unilateral del aportante, pues la sociedad no está en condiciones jurídicas de aceptarlo hasta tanto una asamblea apruebe el aumento del capital social".

¹³ VÍTOLO, Daniel: *ob. cit.*, p. 108.

¹⁴ FERNÁNDEZ, Raymundo - GÓMEZ LEO, Osvaldo: *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, t. III-A, p. 353.

Por otra parte, es sabido que el art. 1173 del Cód. Civil autoriza la contratación de cosas futuras.¹⁵

En consecuencia, de compartirse esta opinión, en orden a considerar al anticipo irrevocable como compraventa de acciones futuras, su marco regulatorio estaría dado por los arts. 1404 a 1407 del Cód. Civil.

¹⁵ Dice el art. 1173 del Cód. Civil que "Cuando las cosas futuras fueren objeto de los contratos, la promesa de entregarlos está subordinada al hecho, si llegase a existir, salvo si los contratos fuesen aleatorios".