

LOS ANTICIPOS IRREVOCABLES FRENTE AL CONCURSO PREVENTIVO Y QUIEBRA DE LAS PARTES

DIEGO MARÍA LENNON

PONENCIA

Esta ponencia, que se complementa con otra sobre la naturaleza jurídica de los anticipos irrevocables a cuenta de futuras suscripciones de capital, tiene por finalidad aportar algunas conclusiones sobre el tratamiento de dicho instituto frente al concurso preventivo o quiebra de las partes intervinientes.

Sin duda, en el caso de concurso preventivo o quiebra del aportante la cuestión aparece más sencilla que en el caso de insolvencia de la sociedad receptora de los mismos.

En este último caso, luego de analizar algunas posturas adoptadas por importantes autores, se elabora la fundamentación que nos lleva a concluir que el aportante no tiene derecho a verificar un crédito en la quiebra de la sociedad receptora del aporte sino que debe guardar a ejercer sus derechos sobre el eventual remanente que pudiera existir.

FUNDAMENTOS

Comencemos por aclarar que la ley concursal en ninguna parte de su articulado hace referencia concreta a los aportes irrevocables, lo cual nos ubica en la necesidad de recurrir a normas análogas y genéricas y a los principios rectores del derecho concursal para intentar brindar una solución al tema.

Digamos también que la solución que se proponga en cada caso, deberá guardar total coherencia con la naturaleza jurídica a la que me refiero en otra ponencia que, por separado, también presento en este Congreso. Por último, antes de entrar a analizar el tema, dejo aclarado que al tiempo de presentar esta ponencia, aún estaba vigente la ley 19.551, mientras que la ley 24.522 había sido recientemente publicada.

Por tal motivo, si bien la totalidad de lo manifestado es aplicable con ambos regímenes, la cita de las normas se efectúa mencionando a ambas leyes.

1. *El concurso preventivo o quiebra del aportante*

El caso del concurso preventivo o quiebra del aportante es, sin duda, más sencillo, toda vez que el derecho a percibir las futuras acciones de la sociedad *in bonis* no pareciera verse afectado por la insolvencia de aquél.

Así lo entiende, entre otros, Maffía¹ y, por otra parte, es la solución que deviene de la aplicación de la norma genérica establecida en el art. 163 L.C. (art. 159 de la ley 24.522)² y de la aplicación analógica del art. 147 inc. 1 del mismo cuerpo legal. (art. 143 inc. 1º de la ley 24.522)³

No se advierte razón valedera que permita asignarle al concurso preventivo o quiebra del aportante la propiedad de extinguir el derecho de éste a percibir las acciones futuras que la sociedad receptora emita.

Por otra parte, para quienes resulta aplicable el art. 150 de la ley 19.551 (art. 146 de la ley 24.522)⁴ corresponderá aclarar que ellos niegan el carácter contractual de la operación, posición que —como quedó dicho— en la pouencia relativa a la naturaleza jurídica de este instituto no compartimos.

En cuanto a las diferencias entre el concurso preventivo y la quiebra, como es sabido, señalamos que en el primer caso, las acciones ingresadas al patrimonio del concursado serán administradas por éste, con las limitaciones impuestas por los arts. 17 y 18 L.C. (art. 16 y 17 de la ley 24.552).

En caso de quiebra, las acciones incorporadas al patrimonio del fallido, estarán sujetas al desapoderamiento y formarán parte de la masa activa a distribuir entre los acreedores.

¹ MAFFÍA, Osvaldo J.: *Derecho Concursal*. Ed. Depalma, abril 1994, t. III-A, p. 227, enseña que: "No se trata, como es obvio, del postulado de la prohibición, en cuya virtud todo lo que no está prohibido está permitido; lejos de ello, la clave consiste en saber si el juez, de acuerdo con la ley tiene o no poder para ordenar que se den los pasos pendientes hasta finiquitar el contrato cuyo *iter* fue interrumpido por la quiebra. Si el hoy fallido era potencial "comprador" de cosa futura ¿Puede el juez optar por la continuidad del negocio? Entendemos que la respuesta afirmativa se impone ... quedan en pie los poderes de administración que el art. 113 L.C. transfiere al síndico, el cual, con autorización judicial, podrá optar por la prosecución, esto es, el cumplimiento de los pasos pendientes para que el contrato se perfeccione".

² "En las relaciones patrimoniales no contempladas expresamente, el juez debe decidir aplicando las normas de las que sean análogas atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general".

³ "En los contratos en los que al tiempo de la sentencia de quiebra no se encuentran cumplidas integralmente las prestaciones de las partes, se aplican las normas siguientes: 1) Si está totalmente cumplida la prestación a cargo del fallido, el otro contratante debe cumplir la suya".

⁴ VILLANUEVA DE JURADO, Julia: "Sociedad anónima: aumento de capital (aportes a cuenta de futuras suscripciones)", *LL*, 4/10/94, p. 3, pto.III.1.

Por último, recordamos que en el concurso preventivo, el legitimado para celebrar el contrato de suscripción de las nuevas acciones emitidas por la sociedad receptora es el propio deudor (arg. art. 16 L.C., y art. 15 de la ley 24.522), mientras⁵ que en la quiebra, ello le compete al síndico (art. 146 L.C.), (art. 142 de la ley 24.522).⁶

En síntesis, entendemos este contrato de compraventa de acciones futuras no se ve afectado por el concurso preventivo o quiebra del comprador, debiendo el legitimado, en cada caso, procurar las medidas tendientes a la adquisición de las acciones a emitirse. Esta conclusión, es mayormente compartida en doctrina.⁷

2 El concurso preventivo o quiebra de la sociedad receptora

Más complicada se presenta la situación frente al concurso preventivo o quiebra de la sociedad receptora de los bienes.

Creemos que la voluntad de las partes al celebrar esta operación consiste en incorporar al aportante como socio, cuando no lo era, o aumentar su participación social, cuando ya detentaba ese carácter.

También sostenemos que los fondos ingresados son destinados al riesgo empresario y que su aportante no espera su devolución sino en acciones que la sociedad emite como consecuencia de un aumento de capital.

Y, en este sentido, corresponde reparar, como bien se ha señalado, que la sociedad que ha entrado en estado de liquidación como consecuencia de

⁵ "El concurso conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico".

⁶ "A los efectos previstos en esta sección el síndico está legitimado para el ejercicio de los derechos emergentes de las relaciones jurídicas patrimoniales establecidas por el deudor, antes de su quiebra...".

⁷ GARCÍA CUERVA, Héctor: ob. cit., p. 82, manifiesta que "La muerte, incapacidad y aún la quiebra no afectan el derecho de opción que tiene la sociedad para aceptar, en tiempo oportuno, la oferta irrevocable. En caso de quiebra del oferente, y por aplicación analógica del art. 147, inc. 1, de la ley 19.551, la sociedad pueda ejercer la opción, perfeccionar el contrato de suscripción y debe cumplir con la prestación a su cargo".

Por su parte VÍTOLO, Daniel Roque: ob. cit., p. 120/121, señala que "... el aportante en concurso puede continuar con el contrato - exigiendo el cumplimiento por parte de la sociedad- - o resolver el mismo, reclamando la restitución de las sumas aportadas, sin requerir autorización judicial..." En caso de quiebra, ... la situación se regirá en este caso, por las previsiones del art. 147, 1º, de la ley 19.551, ya que si el fallido oportunamente integró el aporte, cumpliendo totalmente con su prestación, el contratante debe cumplir: es decir que la sociedad debe cumplir con su obligación de hacer".

su decreto de quiebra, se ve impedida de realizar dicho aumento de capital, condición esencial para la operatividad del contrato que estudiamos.⁸

De tal suerte, el cumplimiento del contrato durante el trámite falencial deviene inviable, por lo que habrá que determinar qué derechos tiene el aportante frente a este contrato de cumplimiento imposible.

La opinión de los autores que hemos venido citando, a excepción de alguna postura minoritaria,⁹ niegan al aportante el derecho de verificar un crédito en el proceso falencial.¹⁰

En ese sentido, nos parece sumamente clarificadora la argumentación esgrimida por el Dr. Pedro Gutiérrez cuando afirma que: "quien entregó bienes en concepto de anticipo a cuenta de futuras emisiones quiso asociarse al éxito de la empresa y por tanto, si ésta fracasa, no puede transformarse por un acto de magia jurídica, en acreedor de la sociedad. Concluyo entonces que, salvo que el contrato haya sido resuelto antes que la sociedad haya sido declarada en quiebra, el aportante no podría verificar un crédito, puesto que no existe obligación de devolver el aporte, sino que el aportante deberá esperar la conclusión del proceso concursal para participar en la distribución del remanente".¹¹

⁸ VILLANUEVA DE JURADO, Julia: ob. cit., p. 3. pto. III-2, señala, con acierto, que "la declaración de quiebra no impide el funcionamiento de la asamblea. Más estando tal funcionamiento circunscripto al ejercicio de aquéllas facultades que sean no sólo compatibles con la falencia sino además con el aludido estado de liquidación, es indudable que debe destacarse la posibilidad de un aumento de capital por resultar incompatible con la naturaleza de los asuntos que podrían atender y considerar los órganos de una sociedad en liquidación (art. 99 ley de sociedades)".

⁹ FAVIER DUBOIS, Eduardo M.: ob. cit., p. 86, manifiesta que "a mi juicio, en este supuesto se habrá frustrado el derecho a la capitalización del aporte y se cumplirá así la condición resolutoria que hace procedente su devolución. El aportante deberá verificarse como acreedor actual por las sumas anticipadas".

¹⁰ AFFIRMAN SASSOT BETES - SASOT, ob. cit. p. 193, que "la opinión doctrinaria dominante y que compartimos es que, en caso de quiebra de la sociedad, el aportante irrevocable no es un acreedor de la sociedad, no obstante lo cual debe concurrir con prelación sobre el remanente social, pues, configurado un pago no debido, no puede constituir motivo de enriquecimiento en beneficio de los accionistas de la sociedad".

Por su parte, GARCÍA CUERVA, Héctor: ob. cit., p. 84, describe la postura esgrimida por BUEY FERNÁNDEZ en su ponencia presentada en las Segundas Jornadas de Derecho Societario, Buenos Aires, 1981, a la que adhiere, afirmando que el mencionado autor "sostuvo que en caso de falencia de la sociedad el aportante no es un acreedor, y que si bien debe concurrir con prelación sobre el remanente social respecto de los socios, el denominado aporte forma parte del patrimonio común de la fallida. Se basa para sostener su postura en los arts. 153 y 153 de la ley falencial y en los principios orientadores determinados en el art. 163 del citado cuerpo legal".

¹¹ GUTIÉRREZ, Pedro: ob. cit. pto. X.

Por nuestra parte, adelantando la adhesión a esta postura mayoritaria, insistimos en la aplicación de la norma genérica del art. 163 de la Ley de Concursos, (art. 159 de la ley 24.522) complementada con la interpretación analógica de los arts. 153 y 154 de ese cuerpo legal (arts. 149 y 150 de la ley 24.522).¹²

A poco que se dé lectura a estas dos últimas normas, podrá advertirse la manifiesta intención del legislador de preservar y proteger la integridad del capital social.

En efecto, la primera de ellas impide, por un lado, el ejercicio del derecho de receso una vez decretada la quiebra de la sociedad y, por otro lado, obliga a los recedentes anteriores a la quiebra pero posteriores a la cesación de pagos, a reingresar a la masa falencial lo percibido en función de dicha separación de la sociedad.

Por su parte, el art. 154 hace exigible los aportes no ingresados por los socios, frente a la quiebra de la sociedad.

En consecuencia, siguiendo esta inocultable intención del legislador, y aplicando analógicamente las normas comentadas, podemos afirmar que el aportante que ingresó bienes al capital, no conserva el derecho a retirarlos, vía verificación de crédito, sino que deberá aguardar para ejercer sus derechos sobre el eventual remanente.

Por último, cabe hacer mención a una interesante propuesta formulada por Buey Fernández, a la que adhiriera García Cuerva,¹³ en el sentido de

¹² Art. 153.-L.C.: "Producida la quiebra de la sociedad, cesa la facultad de los socios de ejercitar o hacer efectivo su derecho de receso. Si el receso se ejercita estando la sociedad en cesación de pagos, los recedentes deben reintegrar al concurso todo lo que han percibido por ese motivo. El reintegro puede requerirse en la forma y condiciones establecidas por el artículo siguiente, párrafo segundo".

Art. 154. L.C.: "La quiebra de la sociedad hace exigibles los aportes no integrados por los socios, hasta la concurrencia del interés de los acreedores y de los gastos del concurso..."

¹³ Afirman SASSOT BÉTES - SASOT: ob. cit., p. 193, que "la opinión doctrinaria dominante y que compartimos es que, en caso de quiebra de la sociedad, el aportante irrevocable no es un acreedor de la sociedad, no obstante lo cual debe concurrir con prelación sobre el remanente social, pues, configuración un pago no debido, no puede constituir motivo de enriquecimiento en beneficio de los accionistas de la sociedad".

Por su parte, GARCÍA CUERVA, Héctor: ob. cit., p. 84, describe la postura esgrimida por Buey Fernández en su ponencia presentada en las Segundas Jornadas de Derecho Societario, Buenos Aires, 1981, a la que adhiere, afirmando que el mencionado autor "sostuvo que en caso de falencia de la sociedad el aportante no es un acreedor, y que si bien debe concurrir con prelación sobre el remanente social respecto de los socios, el denominado aporte forma parte del patrimonio común de la fallida. Se basa para sostener su postura en los arts. 153 y 153 de la ley falencial y en los principios orientadores determinados en el art. 163 del citado cuerpo legal".

asignar al aportante una preferencia sobre el hipotético remanente en la quiebra, por sobre el derecho de los socios.

Esta posición nos resulta atractiva, aunque sólo le encontramos sustento en razones de justicia y equidad, y en alguna analogía con las obligaciones subordinadas, figura actualmente utilizada, en especial para la emisión de obligaciones negociables, y que mereciera un reciente comentario del Dr. Efraín Hugo Richards.¹⁴

¹⁴ "Los aportes para futuros aumentos de capital y las obligaciones subordinadas en el proyecto de reformas a la ley de sociedades", artículo publicado en *Estudios de Derecho Comercial*, 10 del Instituto de derecho comercial, económico y empresarial, San Isidro, Argentina, p. 105 y ss.