

C O M I S I O N V

Dr. Héctor María García Cuerva

1) El llamado aporte irrevocable a cuenta de futuras emisiones es consecuencia de un deficiente tratamiento legal del proceso del aumento del capital social. En consecuencia debe contemplarse el fenómeno en una eventual reforma societaria.

2) El llamado aporte irrevocable es una oferta irrevocable de contrato de suscripción que genera a favor de la sociedad un derecho de opción exclusivo y excluyente de aceptar el contrato cuando esté en condiciones de hacerlo.

3) El contrato de renuncia a la revocabilidad genera un derecho patrimonial que se incorpora al patrimonio de la sociedad.

4) Este derecho debe ser reflejado contablemente como una cuenta del patrimonio neto siempre y cuando la sociedad lleva a cabo en tiempo razonable los actos tendientes a celebrar legítimamente el contrato de suscripción.

5) Los fondos aportados no tienen el mismo régimen que el capital social.

6) En base a la dualidad jurídica de la oferta y del pacto de renuncia a la revocabilidad los efectos deben ser cuidadosamente reglamentados en especial en caso de concurso de la sociedad y del oferente.

Me baso para sustentar mi ponencia en las siguientes consideraciones:

El llamado "Aporte irrevocable a cuenta de futuras emisiones":

1.- Descripción. Causas económicas.

1.1.- Es práctica usual de nuestras sociedades por acciones recibir de parte de accionistas o terceros fondos que aplican inmediatamente al giro social y que las partes denominan "aportes irrevocables para cubrir futuras emisiones de acciones" o simplemente, "aportes irrevocables".

1.2.- La intención de las partes es que dichos fondos entregados a la sociedad se conviertan en verdaderos aportes de capital, y que, en consecuencia, estén sujetos a los riesgos de la actividad empresarial que resulte del objeto social, y que - - - este acto jurídico sea el antecedente de un verdadero contrato de suscripción de acciones, adquiriendo el llamado aportante el carácter de socio de la sociedad mediante la adquisición de las acciones que la sociedad deba entregar

oportunamente.

1.3.- A esta altura de la exposición cabe efectuar una clarificación terminológica. En nuestro sistema positivo los términos aporte y socio son correlativos, no hay socio sin aporte y no hay aporte que no lleve necesariamente implícito que el aportante adquiera la calidad de socio. Así citamos como ejemplo los arts. 1; 1,1 inc. 4, 13 inc. 37 y 50 inc 2 de la ley 19.550 en apoyo de lo expuesto.

El último artículo citado expresa una muy clara diferencia entre el aporte y la prestación accesorio, y en consecuencia reservamos el uso del término aporte con el alcance del efectuado por el socio o quién a partir de la asunción de la obligación de aportar, adquiere la calidad de socio.

1.4.- El presente estudio solo tiene por objeto aquellos denominados aportes que llevan incorporado la cláusula de irrevocabilidad, ya que, anticipando nuestra posición, el llamado aporte que contiene las características descriptas en los apartados anteriores y que no conlleve el carácter de irrevocable, puede caracterizarse como una mera oferta de contrato de suscripción, independientemente de que dicha oferta sea acompañada con el cumplimiento o no de la prestación que debería cumplir el oferente en caso de formalización del contrato de suscripción.

La divulgación de este procedimiento, el que, en definitiva, y teniendo en cuenta la intención generalizada de las partes, no es sino el antecedente del contrato de suscripción, deriva de una defectuosa reglamentación legal con relación al tratamiento del proceso de aumento del capital social.

En efecto, si el proceso de aumento de capital social se hubiere reglamentado acertadamente, el presupuesto económico que lleva implícito el Instituto en cuestión tal cual es, la incorporación inmediata de fondos a la sociedad destinada a posibilitar el mejor cumplimiento del objeto social en base a recursos genuinos, se podría realizar sin que problemas jurídicos tales como los que plantea el objeto del presente estudio lo perjudique, o hasta en algunos casos, impidan la concreción de verdaderos aumentos de recursos basados en incorporaciones genuinas de patrimonio al riesgo empresario.

A modo de ejemplo, y al solo efecto enunciativo remarcamos que existe controversia doctrinaria y jurisprudencial respecto de las consecuencias jurídicas de distintos actos que integran el proceso de aumento de capital, y que adquieren gran relevancia y trascendencia en las consecuencias prácticas que acarrear, tales como los efectos jurídicos de las inscripciones registrales, el tiempo en que debe suscribirse el aumento del capital, el momento y la magnitud de la adquisición del llamado status soci, etc.

En síntesis, el problema que hoy nos ocupa no debería tener la magnitud ni la importancia que deriva de la situación fáctica vigente, ya que inmerso en una legislación que reglamente adecuadamente el proceso de aumento de capital social, el conflicto se minimiza.

1.5.- Lo cierto es que el problema existe, está en nuestra realidad jurídica y debemos abordarlo con las herramientas normativas que suministra nuestro derecho positivo.

Vale aquí hacer una aclaración: Para nosotros que consideramos que las inscripciones registrales en materia societaria y en particular las modificaciones

del contrato social hacen a la eficacia de la misma y no a su validez, o sea que son obligatorias para los socios y la sociedad e inoponibles a terceros mientras no se encuentren inscriptas en el Registro Público de Comercio la problemática en tratamiento se presenta siempre que no haya habido una decesión asamblearia previa que resuelva el aumento de capital social, ya que, si así fuera, nos encontraríamos en presencia de un contrato de suscripción de acciones condicionando al ejercicio o no del derecho de preferencia y de acrecer que pudieran intentar otros socios, o en su caso en un contrato de suscripción cuya validez podría haberse afectada por la acción del accionista perjudicado-- art. 195 de la ley 19550 y en virtud del cual una de las partes ha cumplimentado el objeto de la prestación de la obligación nacida del contrato, quedando pendiente el cumplimiento de las obligaciones que en virtud del contrato de suscripción ha asumido la sociedad.

1.6.- El llamado aporte irrevocable puede adoptar dos formas básicas: a) Meramente promesa de aporte. b) Promesa de aporte con simultánea cumplimiento del objeto de la prestación de la obligación que la aportante ofrece cumplimentar.

También puede distinguirse si el aporte irrevocable es efectuado por un socio, y en este caso dentro del límite de su derecho de preferencia o en exceso, o si por el contrario el aporte o efectúa un tercero.

La primera distinción efectuada carece, al igual que la segunda, de relevancias jurídicas importantes, y en consecuencia sólo se remarcarán en este breve estudio los matices que hacen a las distintas situaciones que pueden plantearse, destacando que las variables pueden ser en las dos clasificaciones efectuadas.

1.7.- Trataremos aquí de delimitar los contornos jurídicos de este fenómeno no sin antes remarcar que la ley societaria no posee norma alguna que en concreto se refiera al tema, siendo el plexo normativo el que nos suministre las herramientas para calificar el instituto de tratamiento.

2.- NATURALEZA JURIDICA:

Del acercamiento al tema en cuestión, y descartando la posibilidad de la existencia de socios de hecho en las sociedades regulares pueden intentarse las siguientes clasificaciones doctrinarias respecto de la naturaleza jurídica de la Institución:

a) Teoría de la oferta irrevocable, b) Teoría del contrato preliminar; c) Teoría del acto sujeto a ratificaciones y d) Teoría del contrato de suscripción condicional.

Analizaremos los fundamentos de cada uno de ellos:

2.1.- Teoría de la oferta irrevocable:

La oferta de celebrar el contrato de suscripción de acciones en el momento en que el mismo sea posible -debe tenerse en cuenta que según nuestra opinión expresada solo se requerirá la decisión asamblearia previa que disponga el aumento y en consecuencia la emisión de las acciones destinadas a cubrirlo - es un acto unilateral del socio o tercero-.

Este acto unilateral, si carece de la renuncia a la revocabilidad - art.1150

del Código Civil- puede ser revocada hasta tanto no sea aceptado por la sociedad, aceptación que solo puede ser efectuada legalmente luego de la decisión asamblearia que disponga el aumento del capital social en caso de considerada la inscripción registral como integrativa constitutiva, desde la referida inscripción.

Si la oferta, por el contrario, es irrevocable podemos afirmar que nos encontramos en presencia de dos actos de distinta naturaleza, por un lado, la oferta propiamente dicha, de naturaleza unilateral, prenegocial, y por el otro el acto bilateral, negocial, de la renuncia a la revocabilidad.

Siguiendo a López de Zavalía (1) sostenemos que la renuncia a la revocabilidad es un acto bilateral - véase art. 875 del Cód. Civil- y que en consecuencia la renuncia misma debe ser aceptada por la sociedad para que adquiera el carácter de irrevocabilidad. Esta aceptación se entenderá efectuada si la sociedad recibe el objeto de la prestación emergente del contrato que el oferente invita a realizar a la sociedad.

Destacamos que calificada doctrina, entre nosotros Fontanarosa (2) - sostiene que la abdicación tiene las características de una renuncia unilateral recepticia. Rechazamos igualmente calificada doctrina que sostiene la unidad en la naturaleza jurídica de ambos actos - oferta e irrevocabilidad- ya que como que - da expuesto sostenemos que la oferta y la cláusula de irrevocabilidad constituye dos actos distintos aunque unidos en una misma causa.

En consecuencia la llamada oferta irrevocable es un acto jurídico complejo compuesto de dos actos de distintas naturaleza prenegocial y unilateral la oferta, y bilateral y negocial la renuncia a la revocabilidad.

En cuanto al tema en tratamiento, si bien el órgano de administración permanente de la sociedad no puede celebrar un contrato de suscripción en virtud de no estar legitimado para ello -utilizó el término legitimación como sinónimo en el derecho societario de capacidad de derecho- bien puede aceptar la renuncia a la revocabilidad de una oferta y en consecuencia perfeccionar el acto creando a favor de la sociedad un derecho de opción esto es, el derecho de aceptar o no la oferta efectuada por el tercero celebrando, en consecuencia, un contrato de suscripción.

La circunstancia de que el tercero haya anticipado el cumplimiento del objeto de la prestación de la obligación emergente del contrato de suscripción ofrecido y cuya celebración deja librado a la voluntad exclusiva y excluyente de la sociedad no modifica la afirmación expuesta sino que debe interpretarse que la recepción citada importa la aceptación de la renuncia ofrecida.

Desde el punto de vista de la sociedad el pacto de irrevocabilidad y el cumplimiento anticipado de la prestación que corresponde a la obligación que emergería del futuro contrato cuyo acuerdo se encuentra incluido dentro de las competencias del órgano de la administración de la sociedad, genera un derecho de opción exclusivo y excluyente de celebrar el contrato y en su caso, exigir su cumplimiento, derecho de opción que se concretaría a partir de que otro órgano societario legitime al órgano de administración permanente para celebrar el contrato de suscripción.

El tercero, hasta el momento de la aceptación de su oferta, es acreedor de

la sociedad por las sumas y en el caso que hubieran anticipado el cumplimiento de la prestación que debería en el supuesto de que su oferta fuera aceptada, pero es de este carácter, como se verá al tratar las consecuencias jurídicas, no es el de un acreedor común ya que su oferta está vinculada estrechamente al pacto de renuncia a la revocabilidad que genera a favor de la contraparte el derecho exclusivo de opción unilateral de celebrar el contrato.

Así, en el caso de anticipo de fondos, la acción responde a esta doble causa: oferta y pacto de renuncia a la revocabilidad, que hacen que los mismos no sean solamente debidos por la sociedad sino que están en poder de la sociedad para que esta ejerza plenamente y sin riesgos el derecho de opción emergente del contrato de renuncia a la revocabilidad.

En base a la naturaleza mixta descripta de la oferta irrevocable, o aún en la hipótesis de considera a la oferta irrevocable como un solo acto cuya naturaleza es una declaración unilateral de voluntad receptiva surge a favor del destinatario (sociedad) un derecho que se incorpora a su patrimonio (3), y que configura la facultad de aceptar o no aceptar el contrato, facultad que le es exclusiva y excluyente y que puede ser medida en términos económicos, sobre todo en el caso de que el oferente haya anticipado el cumplimiento que ofreciera.

Ese derecho adquirido que denominamos "derecho de opción", exclusivo de celebrar el contrato de suscripción se encuentra sometido solo a actos propios de la sociedad.

2.3.- Teoría del contrato preliminar.

Muy similar a la descripción jurídica que efectuara al tratar al instituto como perteneciente a la categoría jurídica de una oferta irrevocable, aunque como veremos, inaplicable al tema que abordamos, se presenta el caso del contrato preliminar o propuesta de contrato.

López de Zavalía define al contrato preliminar como "un contrato jurídicamente contingente que obliga a la conclusión de otro contrato que regulará los intereses de las partes sustanciales".

En el caso de que se celebre un contrato preliminar dejando solo a una de las partes la acción de concluir el contrato definitivo el paralelismo con la oferta irrevocable es evidente (4).

Pero aquí cabe formular la distinción que impide la asimilación al caso que tratamos.

El contrato preliminar de suscripción es un acto jurídico bilateral que requiere el consentimiento de las partes.

Para que este consentimiento sea válido es necesario que las partes obren dentro del ámbito de su capacidad de derecho en caso de las personas físicas y dentro de la esfera de su legitimidad para las personas jurídicas.

En el presente supuesto el órgano de administración de la sociedad carece sin previa decisión asamblearia - de legitimidad para celebrar el contrato aunque fuera solo como contrato preliminar.

2.4.- Teoría del contrato sujeto a ratificación:

Alegría (5), único autor nacional que se ha ocupado del tema sostiene que el denominado aporte irrevocable es un acto sujeto a ratificación también llamado como contratos "ad referendum".

López de Zavalía define a los negocios a referendum como aquellos que la declaración de voluntad de uno de los contratantes - o de ambos - requiere ser integrados por otra declaración de voluntad.

Nosotros rechazamos la caracterización jurídica del instituto que tratamos como un acto sujeto a ratificación, ya que esta no es la convalidación o confirmación del negocio anulable, sino que más bien una autorización "ex post facto" que tiene el mismo efecto que la autorización previa y que da derecho para exigir el cumplimiento del contrato.

Sin la ratificación no existe contrato de suscripción ya que ésta constituye un negocio jurídico integrativo (6).

Sin ratificación no existe obligación emergente del contrato - art.1171 del Cód.Civil- y en consecuencia habiéndose anticipado el cumplimiento de alguna prestación emergente del contrato que requiere la ratificación, y no habiéndose producido ésta el acto ejecutivo carece de causa.

La ratificación integra el acto originario y en consecuencia retrocede los efectos al momento de la celebración del contrato, circunstancia que torna inaceptable esta postura ya que el contrato solo es legítimo cuando se efectúa luego de una decisión legítima del órgano competente societario.

La ratificación que exige este supuesto siempre lo es sin perjuicio del derecho de terceros - art. 1161 del Cód.Civil. Esta norma impide considerar celebrado el contrato y en consecuencia eliminar los riesgos a que se vería sometido el cumplimiento del mismo sino hasta el momento de la ratificación por lo que debe descartarse esta categoría al tema que tratamos.

2.4.- Teoría del contrato sujeto a condición.

Alegría en el trabajo citado remarca que el Instituto en tratamiento no es un contrato sujeto a condición.

Esta postura que apoyamos, se fundamenta en lo previsto en el art. 542 del Cód.Civil ya que, si se supedita a la existencia de la obligación solo a la voluntad de la sociedad, la nulidad es la consecuencia de la inserción de la condición potestativa.

3.- Efectos.

3.1.- Naturaleza del derecho de la sociedad; Como ya lo mencionáremos al / tartar la naturaleza jurídica como una oferta irrevocable, el cumplimiento de la prestación de la obligación que debiera nacer con la aceptación por parte de la sociedad de la oferta no modifica la naturaleza del acto sino que exterioriza la aceptación tácita de pacto de renuncia a la revocabilidad ó la recepción de la declaración unilateral de irrevocabilidad para aquello que catalogan a la oferta irrevocable como una obligación cuya fuente es la declaración unilateral de vo-

luntad receptiva.

Respecto de la sociedad el pacto de renuncia de la revocabilidad hace nacer a su exclusivo favor un derecho de opción que podrá hacer valer en cuanto se realicen los actos internos que otorgue legitimidad a la aceptación.

En síntesis hasta la aceptación los fondos anticipados por los terceros -no existe distinción entre socios o no- contienen el doble carácter emergente de la dualidad jurídica del acto en virtud del cual se han anticipado -crédito solo en caso de falta de aceptación en tiempo oportuno y anticipo que posibilita el ejercicio del derecho de opción exclusivo por parte de la sociedad.

Así como dijimos que en virtud de la oferta irrevocable se incorpora un derecho al patrimonio social también en virtud de la oferta irrevocable se desprende del patrimonio del ofertante el derecho correlativo.

Es por ello que consideramos valedera la inclusión de los fondos entregados en virtud de una oferta irrevocable en las cuentas del patrimonio neto, siempre y cuando no se cree en virtud de este recurso una situación permanente que pueda importar un fraude a terceros ó expuesto el problema desde el punto de vista de la sociedad se realicen en tiempo oportuno todos los actos del proceso de aumento de capital tendientes a formalizar el contrato de suscripción respectivo.(7).

3.2.- Situación con relación al oferente:

La muerte, incapacidad y aún la quiebra no afectan el derecho de opción que posee la sociedad para aceptar, en tiempo oportuno, la oferta irrevocable. Así lo disponen los arts. 3279, 3417 3431 del Cód.Civil., el caso de muerte y la doctrina civilista y comercialista esta conteste que dichos artículos se aplican por analogía para el caso de incapacidad sobreviniente.

En caso de quiebra del oferente y por aplicación analógica del art. 147 inc. 1) la sociedad puede ejercer la opción, perfeccionar el contrato de suscripción y debe cumplir con la prestación a su cargo.

En el caso de existencia de oferta irrevocable sin que se hubiese anticipado el cumplimiento de la prestación objeto de la obligación del oferente consideramos aplicable analógicamente y en virtud de lo dispuesto por el art. 163 de la ley de quiebra las normas del art. 148 y 150 de la citada ley.

En consecuencia a) La aceptación por parte de la sociedad aún en caso de quiebra del oferente perfecciona el contrato.

b) La sociedad puede peticionar la resolución dentro de los 30 días.

c) El síndico puede requerir en caso de falta de notificación de la aceptación, que esta se produzca o no dentro del plazo que fije el Juez de concurso y en caso de aceptación proceder de conformidad con el art. 148 de la ley 1955.

Se requiere conformidad judicial para exigir el cumplimiento al concurso del contrato de suscripción peticionado por la sociedad con conformidad del síndico art. 150.

3.3.- Situación con relación a la sociedad:

3.3.1 Caso de concurso preventivo - de la Sociedad.

En el caso de concurso preventivo de la sociedad el derecho del oferente debe verificarse art. 33 de la ley como el emergente para el caso de la aceptación de las acciones suscriptas ó por la restitución del dinero aportado para el caso de haber anticipado el cumplimiento de la obligación en caso de falta de aceptación.

En el primer caso la aceptación de la oferta - debe efectuarse sin modificación alguna a los términos de la misma, ya que de lo contrario se estaría en presencia de una contraoferta.

En el segundo caso el oferente es acreedor quirografario del concurso y su crédito se encuentra sometido a los mismos efectos que los previstos en el art. 67 de la ley 19551.

3.3.2.- Caso de quiebra de la sociedad.

El Dr. Pablo Andrés Buey Fernández (8) en una ponencia presentada en las jornadas de Derecho Societario celebrados en 1981, 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 en postura en los arts. 153 y 34 de la ley falonciaria y en los principios orientadores determinados en el art. 163 del citado cuerpo legal.

Anticipamos nuestra concordancia con el citado autor ya que en virtud de las normas citadas y aún en base a una interpretación analógica a lo dispuesto por los arts. 115 último párrafo y 177 ya que aunque el contrato de suscripción es esencialmente oneroso la entrega del derecho político y patrimonial residual podría permitir al llamado aportante, ahora convertido en socio por la decisión del síndico del concurso, ejercer los derechos que le pudieran corresponder en la medida de su interés.

CITAS:

- (1) LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. "Teoría de los Contratos" Parte General.
MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Contratos" Ediar 1981.
- (2) FONTANARROSA, Rodolfo O. "Derecho Comercial Argentino". T.II, pág. 66/67.
VICTOR P. DE ZAVALIA, Buenos Aires.
FERREYRA, Edgar. "Formación de los contratos" L.L. 1975 A, págs. 1215
- (3) SPOTA, Alberto G. "Instituciones de Derecho Civil - Contratos". Vols. I-II.
Depalma, pág. 272.
- (4) MESSINEO, Francesco, adopta esta postura "Doctrina Generale del Contratto"

Terza Edizione Milano 1948, pág. 179.

- (5) ALEGRIA, Héctor "Introducción al Estudio del Aporte a cuenta de futuras emisiones" ponencia presentada en las Segundas Jornadas de Derecho Societario, Bs.As. 1981.
- REYES ORIBE, Aníbal Manuel "Los aportes a cuenta de futuras emisiones en el receso" - ponencia presentada en las Segundas Jornadas de Derecho Societario, Bs.As. 1981 apoya la calificación de acto sujeto a ratificación.
- (6) SPOTA, ob.cit. pág. 277.
- (7) FORTINI, Hernando y FOWLWS, Newton Enrique "Estados Contables de sociedades por acciones" Edic. Nueva Técnica S.R.L. 1978 pág.78. Sostienen que "Los aportes irrevocables para futuras suscripciones de acciones deberían ser presentados en un rubro separado, preferentemente a continuación del capital".
- COBELOS, Vicente Américo en Cuadernos de Derecho Societario. T.II. Segunda parte. Sociedades por Acciones. Abeledo Perrot, pág.558, sostiene "No se incluyen en el título Patrimonio Neto los anticipos a cuenta de futuras suscripciones de acciones, aún cuando tuvieran el carácter de irrevocable, ya que deberán figurar en el rubro Deudas". El art. 134 del Decreto reglamentario de impuesto a las ganancias. Texto ordenado en 1979. Ordenamiento dispuesto por el art. 1 de la Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda, dice textualmente: "A los fines establecidos en los incisos a) y b) del artículo incorporado a la ley por el punto 2 del art. 1º de la ley 2.1894, los aportes o anticipos efectuados o recibidos a cuenta de futuras integraciones de capital no serán considerados como activo o pasivo computables, respectivamente, cuando resulten de compromisos de aporte debidamente documentados mediante instrumento público o privado o de compromisos irrevocables de suscripción de acciones y los trámites de inscripción de los aumentos de capital que surjan como consecuencia de tales aportes o anticipos, en los casos en que por la naturaleza de la sociedad receptora la referida inscripción en los Registros Públicos de Comercio correspondientes sea exigida por la Ley n° 19550, sean iniciados ante las autoridades pertinentes dentro de los ciento ochenta (180) días de haberse formalizado el respectivo compromiso de aporte o irrevocable de suscripción de acciones". La Resolución 13847 de la Superintendencia de Seguros de la Nación del 1 de julio de 1977, que a los efectos de determinar el capital mínimo requerido se tendrá en cuenta "anticipios recibidos con carácter irrevocable a cuenta de futuras ampliaciones de capital". Igual criterio adoptó el Banco Central de la Rep.Argentina, para computar el capital mínimo exigible para entidades financieras y casas de cambio.
- (8) BUEY FERNANDEZ, Pablo Andrés. "El aporte a cuenta de futuras emisiones frente a la falencia de la sociedad", ponencia presentada en las Segundas Jornadas de Derecho Societario, Bs.As. 1981.