

BIBLIOTECA
INFOBAE *profesional*

Panorama General sobre la Resolución 7/2005 de la Inspección General de Justicia

ABOGADOS

Director: Jorge D. Grispo

Juan A. Anich

Marcelo G. Barreiro

Jorge Luis Bermúdez

Eduardo M. Favier Dubois (h)

Alejandro Geretto

Jorge Daniel Grispo

Marcela E. Lopena

Alejandro M. López Tilli

Javier Armando Lorente

Rubén O. Luchinsky

Mariana Verónica Medina

Pablo Alberto Melet

Alfredo L. Rovira

Natalia Laura Sciglitano

Germán Nicolás Semilla

E. Daniel Truffat

infobae

BIBLIOTECA
INFOBAE *profesional.com*

DIRECTOR

Jorge Daniel Grispo

CONSEJO DE REDACCION

Alejandro Altamirano

Javier Armando Lorente

Juan A. Anich

Rubén Luchinsky

Marcelo Barreiro

Carlos Molina Sandoval

Ariel A. Dasso

Juan Martín Odriozola

Gustavo Esparza

E. Daniel Truffat

Eduardo Favier Dubois (h)

Lidia Vaiser

Dario J. Graziabile

Marcelo Villoldo

Alejandro M. López Tilli

ASESORIA DE REDACCION

Gonzalo Diego Castro

Natalia Laura Sciglitano

BAE NEGOCIOS S.A.

Infobae Diario es edición matutina. Aparece de lunes a sábado. El precio de tapa no es válido para la edición digital. Edición digital por Internet: www.infobae.com. E-mail: contactenos@infobae.com. Registro Nacional de la Propiedad Intelectual: 869.440. Redacción y administración: 5093-2916. Fax: 5093-2941. Domicilio legal: Rodríguez Peña 694, 11° (C1020ADN), Ciudad de Buenos Aires. Impresión: Editorial Perfil, California 2715 (C1289ABI), Ciudad de Buenos Aires. Servicios Informativos: DyN, EFE, AFP, Bloomberg y Télam. Infobae no se responsabiliza por las opiniones de los columnistas.

BIBLIOTECA INFOBAE PROFESIONAL.COM

Diseño Gráfico: Julio Jiménez. Impresión realizada en el mes de septiembre en Gráfica Pinter S.A., México 1352 (C1097ABB), Ciudad de Buenos Aires.

Modificaciones al régimen de los Aportes Irrevocables a la luz de las nuevas "Normas" de la Inspección General de Justicia

por Alejandro M. López Tilli

Con motivo de la gran dispersión normativa producida como consecuencia de las sucesivas enmiendas a las Normas de la Inspección General de Justicia establecidas por la Resolución General IGJ N° 6/80, la actual administración del organismo ha procurado producir un texto ordenado y único de las mismas mediante el dictado de la Resolución General N° 7/2005.

Si bien la temática abordada por ésta resulta amplísima (por cuanto involucra todos los pormenores de la vida registral de las sociedades) en el presente trabajo, habremos de referirnos solamente a las modificaciones introducidas por el texto ordenado al régimen de los aportes irrevocables establecido originalmente por las Resoluciones Generales IGJ Nros. 25/04 y 1/05.

PRORROGA DEL PLAZO

Como consecuencia del dictado de las Res. Gral. IGJ N° 01/05, el 7 de Agosto de 2005 vencía el plazo para tomar una decisión respecto del destino que habría de dársele a los fondos existentes en la cuenta "aportes irrevocables" que hubiesen ingresado a la sociedad con anterioridad a la vigencia de la Res. Gral. IGJ N° 25/04.

Sin embargo, dicho plazo se ha visto prorrogado hasta el 21 de febrero de 2006. En efecto, mediante la norma transitoria N° 3 del nuevo Texto Ordenado se ha dis-

puesto que: "los aportes irrevocables a cuenta de futura suscripción de acciones recibidos con anterioridad a la vigencia de la Resolución General IGJ N° 25/04 y en relación con los cuales, a la fecha de la presente resolución, no haya recaído decisión social sobre su capitalización, deberán ser objeto de tal decisión dentro de los ciento ochenta días previstos en el artículo 4to. , a cuyo fin y con efecto al 8 de agosto de 2005, tiénesse por prorrogado, hasta la entrada en vigencia de estas Normas, el plazo previsto en el artículo 4º de la Res. Gral. IGJ N° 01/05".

Vale decir que —como hemos dicho— el plazo conferido por el artículo 4º de la Res. 01/05 para la capitalización de los aportes irrevocables efectuados con anterioridad a la Res. Gral. IGJ N° 25/04, se ha visto prorrogado hasta la entrada en vigencia del Texto Ordenado de las Normas. Así, teniendo en cuenta que conforme lo disponen las propias Normas, éstas entrarán en vigencia a los ciento ochenta (180) días contados desde su publicación en el Boletín Oficial (la cual ocurrió el 25/08/2005); la misma se producirá el día 21 de febrero de 2006.

No obstante lo expuesto, cabe aclarar que si bien la prórroga opera en forma automática, no le puede ser impuesta en forma obligatoria al aportante cuyo aporte no fue objeto de capitalización antes del 8 de agosto de 2005, por cuanto su derecho a restitución ya se ha consolidado. De modo tal que para salvaguardar los derechos adquiridos de dicho aportante, la nueva reglamentación establece que el sometimiento a decisión sobre la capitalización de aportes que no fueron objeto de la misma con anterioridad al 8 de agosto de 2005, requiere el consentimiento expreso y por escrito del aportante con derecho a su restitución.

SALVEDADES AL PLAZO DE CIENTO OCHENTA (180) DIAS PARA EFECTUAR LA CAPITALIZACION DE LOS APORTES IRREVOCABLES

La Res. Gral. IGJ N° 25/04 estableció que para la capitalización de aportes irrevocables a cuenta de futura suscripción de acciones debe presentarse a registro una copia auténtica del acuerdo por escrito contemplado por la Resolución Técnica N° 17 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, el cual debe contener —entre varias otras previsiones— el plazo durante el cual el aportante se obliga a mantener el aporte y dentro del cual deberá celebrarse la asamblea de accionistas que deberá decidir sobre su capitalización, como un punto especial del orden del día. Dicha resolución estableció además que el plazo en cuestión no podría exceder de ciento ochenta (180) días corridos computados desde la aceptación del aporte por el directorio de la sociedad.

Sin embargo, la nueva reglamentación fijada por el Texto Ordenado de las Nor-

mas, modifica parcialmente las disposiciones de la Res. 25/04 introduciendo dos salvedades al plazo mencionado. A saber:

1. Si en razón de la fecha de cierre del ejercicio económico, conforme a los artículos 234, último párrafo, y 237 de la Ley N° 19.550, la asamblea general ordinaria debe celebrarse antes de cumplido el plazo previsto en el acuerdo, en ese caso el acuerdo deberá prever que la decisión sobre la capitalización de los aportes irrevocables deberá adoptarse en esa misma oportunidad, ya sea como punto especial de la asamblea ordinaria o bajo la competencia de asamblea extraordinaria, según la cuantía del aumento de capital que corresponda considerar; y
2. Si por el juego de las normas citadas la asamblea general ordinaria debe realizarse después del plazo máximo de ciento ochenta (180) días que se contempla; en ese caso el acuerdo puede contemplar a favor de la sociedad la opción de decidir la capitalización en la misma oportunidad de tal asamblea.

PROHIBICIÓN DE LOS APORTES IRREVOCABLES EN ESPECIE

Otra modificación de importancia introducida por la nueva reglamentación es la relativa a la prohibición de efectuar aportes irrevocables en especie la cual surge del artículo 97 del Texto Ordenado de las Normas. Si bien la Res. Gral. IGJ N° 25/04 ya preveía que el ingreso de los aportes irrevocables debía tener su correspondiente contrapartida en el rubro caja y bancos—lo que implica, en principio, que su incorporación sólo podría ser en dinero efectivo o cheque—lo cierto es que la resolución no preveía expresamente—como lo hace ahora—la prohibición de efectuar dichos aportes en especie.

Es importante tener presente que tal prohibición contraría de modo manifiesto el texto del anteproyecto de reforma de la ley de sociedades que los autoriza en forma expresa. En efecto, al referirse al contenido del instrumento por el que se efectúa el aporte, el anteproyecto dispone que deberá establecerse las características y monto del aporte, individualizándose con toda precisión los aportes no dinerarios, sin perjuicio de la oportuna aplicación del mecanismo de valuación previsto por el artículo 53 LSC.

No se advierte entonces cuál es el motivo de tal prohibición. La misma sería comprensible por ejemplo en el régimen de la Comisión Nacional de Valores que—mediante su Res. Gral. CNV N° 466/04—ha conceptualizado al aporte irrevocable como un mecanismo de emergencia que habilita a evitar el procedimiento ordinario del aumento de capital, únicamente cuando medien necesidades de financia-

miento inmediato que importen una situación de urgencia justificada que habrá de ser juzgada con carácter restrictivo. Es más el régimen de la CNV impone que la asamblea que resuelva la eventual capitalización debe detallar el destino dado por la sociedad emisora a los fondos provenientes de los aportes irrevocables, justificando circunstanciadamente los motivos de emergencia que no permitieron la realización del trámite respectivo del aumento de capital.

En este contexto, parecería razonable la prohibición de efectuar aportes irrevocables en especie porque por su propia iliquidez, los mismos serían contrarios a la necesidad de financiamiento urgente que exige la CNV. Sin embargo, en el régimen correspondiente a la sociedades cerradas reglamentado por la Inspección General de Justicia, se excluye por completo la consideración de la situación de emergencia que conllevaría a la utilización del instituto. Vale decir que la Res. Gral. IGJ N° 25/04 no exige como requisito de admisibilidad del aporte irrevocable la existencia de una situación de urgencia que impida recurrir a los mecanismos ordinarios de aumento de capital, así como tampoco lo hace el Texto Ordenado de las Normas. Siendo ello así, no aparece como razonable la prohibición en comentario.

El único argumento que entendemos podría servir de sustento para justificar tal prohibición podría ser el respeto a los derechos de suscripción preferente de los accionistas no aportantes, los que podrían verse fácilmente vulnerados mediante el simple recurso de acudir a un aporte irrevocable en especie, el cual—en caso de ser capitalizado—admitiría la suspensión del derecho de preferencia en los términos del art. 197 inc. 2° LSC.

En línea con lo expuesto debe resaltarse que mientras que el sistema previsto originalmente por la Inspección General de Justicia mediante su Resolución General N° 25/04 no traía ninguna previsión sobre la obligatoriedad de respetar el derecho de preferencia de los socios no aportantes, la nueva reglamentación lo prevee expresamente en el artículo 278. De manera tal que desde el dictado de la Res. Gral. IGJ N° 25/04 hasta el dictado del Texto Ordenado de las Normas, pareciera haber existido una suerte de cambio de actitud respecto al derecho de preferencia que podría justificar la prohibición en comentario.

SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO EN CASO DE CESACIÓN DE PAGOS PRODUCIDA CON POSTERIORIDAD A QUE NAZCA LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIR

El artículo 96, Sección V, inciso 1, apartado (g) del Texto Ordenado de las Normas, siguiendo la línea ya establecida por la Res. Gral. IGJ N° 25/04 establece que el contrato de aporte irrevocable deberá prever la subordinación del crédito resultan-

te de la no capitalización del aporte para el caso de cesación de pagos de la sociedad. Sin embargo, la nueva reglamentación innova con relación a la Resolución mencionada en cuanto dispone que la subordinación se produce tanto, respecto de la cesación de pagos ya existente como de la que se produzca con posterioridad.

Entendemos que este agregado final introduce cierta inseguridad en el régimen aplicable, por cuanto podría darse el caso de que una vez efectuada la restitución efectiva del aporte, la sociedad entrara en estado de cesación de pago y se gatillara entonces la subordinación de un crédito que en los hechos ya estaría cancelado.

Sin perjuicio de ello, creemos conveniente resaltar que es un error bastante difundido el pensar que el aporte irrevocable queda automáticamente subordinado a los demás créditos de la sociedad desde el mismo momento en que se celebre la asamblea que resuelva su no capitalización. Como hemos visto, ello no es estrictamente así. A diferencia de lo que sucede en el supuesto de las sociedades admitidas al régimen de la oferta pública (reguladas por la Res. CNV N° 466/04), en el caso que nos ocupa (es decir el de las sociedades cerradas) la subordinación del crédito resultante de la no capitalización del aporte sólo procede si al momento de celebrarse la asamblea respectiva o con posterioridad, la empresa se encontrara o ingresara en estado de cesación de pagos.

Asimismo, dentro del caso de las sociedades reguladas por la Inspección General de Justicia, habrá que distinguirse según se trate de: (i) aportes efectuados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Res. IGJ 25/04; o (ii) aportes irrevocables efectuados con anterioridad a dicha norma.

En el primer supuesto, la subordinación resulta obligatoria, pues es requisito esencial para la validez del aporte que la misma haya sido expresamente pactada en el contrato de aporte irrevocable. En el segundo caso, en cambio, la subordinación no se encuentra expresamente establecida; lo cual no implica necesariamente una situación mejor para el aportante. Ello así, pues en este caso resultará de aplicación la doctrina sentada por el precedente del "Palacio del Fumador", según el cual –en caso de insolvencia de la compañía– los socios que efectuaron los aportes irrevocables no pueden presentarse a verificar como créditos los importes correspondientes a los aportes efectuados aún cuando éstos nunca hayan de capitalizarse en el futuro, precisamente en razón de la misma insolvencia de la compañía y su eventual liquidación por quiebra. Esta teoría jurisprudencial parte del concepto que el aporte irrevocable, por su vocación de aporte, debe ser considerado como capital de riesgo y que por ello no cabe sustraerlo de los efectos de la insolvencia autorizando su verificación.

DESTINO DEL SALDO DE LA CUENTA "AJUSTE DE APORTES IRREVOCABLES"

Una cuestión bastante discutida era qué sucedía con la capitalización de la cuenta Ajuste de Aportes Irrevocables que no había merecido ningún tratamiento específico por la Res. Gral. IGJ N° 25/04. La duda se suscitaba en torno a si el resultado del ajuste pertenecía al aportante y por tanto debía ser capitalizado por éste o si, por el contrario, pertenecía a la sociedad y por tanto todos los accionistas tenían derecho a participar de su capitalización en los términos del artículo 189 LSC.

Estimamos que el artículo 278 de la nueva reglamentación pone en evidencia el espíritu de la Inspección General de Justicia en cuanto a considerar al resultado de la cuenta "ajuste de aportes irrevocables" de propiedad de la sociedad y no del aportante. Ello se advierte en la forma en que el mencionado artículo 278 regula el destino de dicha cuenta ante la restitución del importe nominal del aporte, estableciendo que los saldos que arroje la misma no se restituyen al aportante sino que quedan en propiedad de la sociedad.

De modo tal que al resolverse la capitalización del "aporte" y de su "ajuste", el "aporte" podrá ser capitalizado por el aportante, pero respecto del "ajuste" se aplicará el artículo 189 LSC, por el que se establece que debe respetarse la proporción de cada accionista en la capitalización de reservas y otros fondos especiales inscriptos en el balance. Lo que equivale a decir –tal como ya lo hemos manifestado– que el resultado de la cuenta Ajuste de Aportes Irrevocables no pertenece al aportante sino a la sociedad. Sin perjuicio de las críticas o no que pueda merecer este temperamento, lo cierto es que resulta lógico con la concepción de la cuenta "aporte irrevocable" como una cuenta del patrimonio neto en lugar de como una cuenta del pasivo. Desde que se los incluye en el patrimonio neto, los fondos en cuestión pertenecen a la sociedad y por ende, los fondos que se produzcan como consecuencia de su ajuste, también habrán de pertenecer a la sociedad.

Distinto sería el caso si el aporte irrevocable fuese considerado un préstamo y formase parte de las cuentas del pasivo, en cuyo caso –incuestionablemente– su eventual ajuste sí correspondería al aportante. Pero en este último supuesto aún quedaría por salvar el escollo de la prohibición de indexar aún vigente, oportunamente dispuesta por la ley de convertibilidad, que no advertimos como podría ser superado.

ABSORCIÓN DE PERDIDAS

Tal como se ha señalado en el punto anterior el artículo 278 de la nueva reglamentación dispone que en caso de restitución del importe nominal del aporte, no procede entregar al aportante el saldo de la cuenta "ajuste de aporte irrevocable". Por el

contrario, según establece la norma referida, el saldo de dicha cuenta únicamente podrá aplicarse a la absorción de pérdidas finales de ejercicio.

Esta mención específica efectuada por la nueva reglamentación importa una innovación significativa respecto del silencio anteriormente mantenido por la Res. Gral. IGJ N° 25/04.

La posibilidad expresa de destinar el saldo de la cuenta "ajuste de aportes irrevocables" a la absorción de pérdidas resulta un hecho de relevancia por cuanto importa también la posibilidad implícita de destinar el propio aporte irrevocable al mismo fin.

Respecto de esta última circunstancia cabe tener presente que si bien ni la normativa reglamentaria de la CNV ni la de la IGJ preveían hasta el presente la posibilidad de destinar los aportes a la absorción de pérdidas, lo cierto es que la práctica contable, con fundamento en lo dispuesto por la Resolución Técnica N° 17, ha recurrido a este mecanismo con suma habitualidad.

Ello generó que —ante el silencio normativo mantenido hasta el dictado de la reglamentación en comentario— surgiera el interrogante de si el destino a absorción de pérdidas era realmente una opción posible o si por el contrario dicho mecanismo no encontraba amparo legal en el marco de las reglamentaciones vigentes que establecían la obligatoriedad de la restitución de las sumas aportadas (con carácter de subordinado en el supuesto de cesación de pagos) en caso de no aprobarse el aumento de capital. Más allá del silencio de las normas mencionadas, estimamos que la figura del aporte con destino a la absorción de pérdidas no difiere en lo sustancial de la figura del reintegro del capital prevista por el artículo 96 de la ley de sociedades para los casos de disolución por pérdidas. Dicho reintegro (al igual que el aporte irrevocable con destino a la absorción de pérdidas) no es ni más ni menos que la entrega de sumas de dinero que no serán devueltas y que tampoco darán derecho a la emisión de títulos accionarios a favor de quien las entrega. Por tanto, estimamos que la figura estaba autorizada aún ante la falta de una previsión expresa.

No obstante lo expuesto, el temor que permanecía siempre latente —y que ahora la nueva reglamentación se encarga de resaltar— era que de recurrirse al mecanismo mencionado el fisco considerara a las sumas aportadas —por las que no se recibirían acciones en contrapartida— como un enriquecimiento a título gratuito no exento a los efectos del impuesto a las ganancias.

Esta cuestión suscitó siempre amplios debates, ya que constituye una práctica contable profundamente arraigada. Pero la discusión readquiere hoy especial vigen-

cia con motivo del ya referido artículo 278 que establece que podrá efectuarse la absorción de pérdidas "sin perjuicio del tratamiento fiscal que de tal aplicación pueda corresponder como enriquecimiento a título gratuito".

De modo tal que la suerte tributaria del instituto queda sellada, encontrándose gravada para el impuesto a las ganancias como un enriquecimiento a título gratuito no exento.

DERECHO DE PREFERENCIA Y DE ACRECER

Una situación ciertamente confusa y conflictiva se presenta respecto de la regulación de los derechos de preferencia y de acrecer en el caso de capitalización de los aportes irrevocables. A diferencia del temperamento oportunamente adoptado por la CNV, que estableció expresamente que la capitalización de aportes irrevocables no puede restringir el derecho de suscripción preferente de los demás accionistas, la Res. Gral. IGJ N° 25/04, omitió toda referencia sobre el particular.

Sin perjuicio de ello, entendimos a su tiempo que los artículos 194 y 197, inc. 2° de la ley de sociedades permanecían invariables y que por ende, la capitalización de los aportes irrevocables de ningún modo podía restringir el ejercicio del derecho de preferencia, pues los únicos supuestos permitidos para ello eran: (i) la capitalización de deuda; y/o (ii) el caso de aportes en especie. Debiéndose de tal modo proceder a efectuar una capitalización por un monto superior al del aporte irrevocable de modo tal de permitir el ejercicio del derecho de preferencia.

Ahora bien, procurando llenar el vacío dejado por la referida Res. 25/04, la nueva reglamentación de la Inspección General de Justicia se ha referido en forma expresa a los derechos de preferencia y de acrecer, aunque lo ha hecho de un modo poco feliz.

En lugar de avocarse a su tratamiento al referirse a la capitalización del aporte irrevocable, lo hizo al referirse a la capitalización del saldo de la cuenta "ajuste de aporte irrevocable", estableciendo que la capitalización del aporte implicaría también la capitalización obligatoria de dicho saldo y que los derechos de suscripción preferente y de acrecer se ejercerían sobre el total de las acciones emitidas (conf. art. 278 antes mencionado).

Del modo en que ha quedado redactado el artículo —y al no efectuarse ninguna aclaración adicional— pareciera que las únicas acciones a emitirse serán las correspondientes al aporte irrevocable y su ajuste, teniendo derecho los accionistas que no efectuaron el aporte en cuestión a suscribir preferentemente las acciones a emitirse con motivo del mismo. Conforme ya lo hemos señalado esto es efectivamente así respec-

ro al saldo de la cuenta "ajuste", pues éste no pertenece al aportante sino a la sociedad; pero pareciera excesivo autorizar igual temperamento respecto del importe nominal del aporte. La solución deseable en el contexto de la reglamentación en comentario hubiese sido imponer en forma clara y precisa la obligatoriedad de efectuar el aumento por un importe superior al del aporte de modo tal que permita no sólo la capitalización de éste sino también el ejercicio del derecho de preferencia que posibilite mantener el equilibrio de las participaciones sociales de los demás accionistas.

COMENTARIO FINAL

No es posible concluir estas páginas sin advertir que la reglamentación en comentario parte de una premisa central que es la conceptualización del aporte irrevocable como una cuenta del patrimonio neto. Como tal, se juzga al instituto por su vocación de aporte de capital con completo olvido de su verdadera naturaleza jurídica, lo que ha ocasionado una innumerable cantidad de distorsiones al sistema. En razón de ello, creemos conveniente concluir este comentario con unas breves reflexiones sobre lo que consideramos la real naturaleza jurídica del instituto.

Así, hemos de comenzar por señalar que la definición de "aporte irrevocable" no responde tanto a una conceptualización jurídica de rigor científica, sino más bien a una licencia o comodidad lingüística de la técnica contable, que ha contribuido a generar innumerables confusiones que resultan impropias y ajenas a la naturaleza propia del instituto bajo estudio.

De acuerdo con lo prescripto por el artículo 1ro. LSC, el aporte es un medio destinado a financiar la producción o el intercambio de bienes o servicios. Dicho en otros términos, el aporte es un medio de financiación de la actividad social tendiente a satisfacer el objeto social.

Va de suyo que el aporte de los socios no es el único medio de financiación de la sociedad. Según la doctrina económica clásica, las otras fuentes del financiamiento societario son "los acreedores financieros" —mediante los préstamos que puedan eventualmente conceder a la empresa— y "los proveedores" —mediante la dilación en el tiempo de los plazos de pago de sus acreencias.

Ahora bien —independientemente de su condición de medio financiero— el aporte conlleva otras características jurídicas que lo separan y diferencian de los otros mecanismos de financiación. En este orden de ideas, el aporte de capital implica la asunción de la calidad de socio del aportante, quien si bien no podrá exigir la restitución de su crédito hasta la liquidación de la sociedad, adquirirá en cambio una se-

rie de derechos patrimoniales y políticos que le permitirán participar en el proceso de toma de decisiones de la compañía, controlando y guiando así el destino y la rentabilidad de su inversión.

Ni los terceros ni los proveedores gozan de semejante ventaja, pero lo cierto es que tampoco están expuestos al riesgo que implica la calidad de socio. Producida la quiebra de la sociedad, aquéllos tendrán siempre prelación de cobro sobre los socios. Lo expuesto resulta de fundamental importancia a la hora de caracterizar el alcance que habrá de dársele al concepto de "aporte irrevocable".

El instituto reconoce su origen incuestionable en la necesidad de financiamiento de la sociedad. Pero el "quid" de la cuestión radica en determinar si ese financiamiento —qué podrán proveer tanto los socios como los terceros— viene revestido de las condiciones necesarias para ser considerado un auténtico aporte de capital en el sentido técnico específico que la ley de sociedades le confiere.

El mecanismo establecido por dicha norma para efectuar un aumento de capital, prevee en los artículos 189 y 194 LSC una serie de disposiciones (derecho al respeto de la proporcionalidad en la capitalización de reservas, derecho de preferencia y derecho de acrecer) tendientes a proteger la participación relativa en el capital social de las tenencias accionarias de los accionistas preexistentes. En aras de la protección de dicho equilibrio, el ordenamiento societario ha reglamentado meticulosamente el procedimiento del aumento de capital.

El mal llamado "aporte irrevocable" importaría un mecanismo de quiebre del referido equilibrio, por cuanto por medio de un acuerdo particular entre el aportante y el directorio de la sociedad se estarían vulnerando los derechos de los referidos accionistas preexistentes.

En efecto, producido el aporte e incorporado el mismo en una cuenta especial del Patrimonio Neto —tal como propone la técnica contable—, al resolverse su capitalización se darán dos posibles escenarios. A saber: (i) se emiten acciones a favor del aportante por el total del monto aportado, violando así los derechos de preferencia, de acrecer y de proporcionalidad en la capitalización de reservas de los accionistas anteriores (conf. arts. 194 y 189 LSC); o ii) se respetan los derechos de los accionistas, perjudicando de ese modo al aportante quien sólo recibirá acciones si ya era accionista de la sociedad, y únicamente en la proporción que le corresponda en virtud de lo dispuesto por el 189 LSC en la capitalización de la "cuenta especial de aportes irrevocables".

Huelga resaltar que de reconocerse como aplicable la segunda solución, no existirá nunca jamás un solo inversor que acepte efectuar un aporte irrevocable a cuenta de futuros aumentos de capital.

Pondérese que no resulta de aplicación aquí el supuesto de limitación del derecho de preferencia regulado por el artículo 197 inc. 2do. LSC, pues dicha norma sólo autoriza la limitación de tal derecho cuando las acciones que se emitan vayan a ser dadas en pago de obligaciones preexistentes; lo que importaría negarles el carácter de aporte de capital a los mentados "aportes irrevocables" para terminar reconociendo que en realidad son un pasivo exigible que debería encontrarse excluido de las cuentas del Patrimonio Neto.

A tenor de lo expuesto, la solución va perfilándose bastante clara: o son capital —y para proteger los intereses del aportante irrevocable debemos violar los derechos de los accionistas al mantenimiento de su participaciones relativas—; o son pasivo exigible, y en consecuencia deben ser excluidos del Patrimonio Neto.

Como lo hemos señalado, el aporte irrevocable pone en juego los intereses de tres partes: (i) la sociedad que necesita el financiamiento; (ii) el aportante que lo suministra, con la presumible intención de convertirse en socio; y (iii) los socios preexistentes que no pueden, ni quieren, verse perjudicados en la proporcionalidad que sus tenencias accionarias respectivas representan en el capital social.

Ahora bien, la manera de compatibilizar los tres intereses no pasa por forzar el carácter de aporte al financiamiento efectuado sin el respectivo aumento de capital, sino por reconocerle la condición de pasivo exigible al "supuesto aporte irrevocable", aunque con la posibilidad reconocida por el "aportante" a favor de la sociedad, de efectuar el pago del crédito en especie con acciones de la propia sociedad, y como contrapartida, con la facultad conferida por la sociedad a favor del aportante de compensar su crédito con las sumas que debería integrar en caso de suscribir un eventual aumento futuro del capital de la sociedad.

Bajo esta hipótesis, en caso de que el "supuesto aportante" optara por exigir la restitución del dinero a la sociedad, le bastaría con causar el respectivo aumento de capital con la limitación al derecho de preferencia prescripta por el 197, inc. 2do. LSC (que aquí sí resultaría aplicable por tratarse de un pasivo), para compensar el crédito en cuestión. Y paralelamente, si la sociedad nunca efectuara el respectivo aumento, al supuesto aportante le bastaría con requerir la restitución de su dinero para ver protegidos sus intereses, pues una vez efectuado dicho reclamo: o se aumenta el capital y se le entregan acciones o se le restituye el dinero entregado. Corroborado lo expuesto, el hecho de que el "supuesto aportante" jamás podrá obligar a la sociedad a efectuar el respectivo aumento del capital.

Así entonces, a nuestro criterio, habrá de conceptualizarse al mal llamado "aporte irrevocable", como un pasivo exigible con opción recíproca por parte de la socie-

dad y del acreedor de aplicar el crédito resultante a la compensación con las sumas que éste último deba integrar como consecuencia de la suscripción voluntaria o compulsiva (en caso de que el aumento sea causado por la sociedad a raíz del reclamo de restitución del dinero por parte del mutuante) de un aumento de capital.

No se nos escapan las críticas efectuadas por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia respecto de esta caracterización, que encuentran su argumento fundamental en la circunstancia de que el aportante no sería un acreedor de la sociedad, pues no prestaría fondos a la misma con el objeto de obtener un interés, sino con el ánimo de acceder a la participación social y gozar de los beneficios de un socio.

No obstante, la crítica formulada no encuentra un adecuado sustento en derecho por cuanto 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 Código de Comercio).

Y aún en el caso que se presumiera la onerosidad del mutuo comercial, nada obsta a la renuncia de los intereses, en la medida que ellos sólo benefician al interés particular del mutuante (arts. 872 y siguientes del Código Civil).

Otra de las críticas habituales a esta interpretación toma como punto de partida el estado de infracapitalización de la empresa y la intención de los socios de dotarla de capital de giro, pero sustituyendo el riesgo que implica el capital social propiamente dicho (como garantía específica de los acreedores) por el concepto más flexible de aporte irrevocable a cuenta de futura suscripción de acciones que —en caso de quiebra de la sociedad— permitiría al aportante verificar el monto de su aporte en la masa concursal sobre la base de considerar que al no haberse capitalizado el aporte, éste deviene en un crédito exigible contra la sociedad.

Sobre el particular habremos de señalar que para los supuestos de utilización contralegem del sistema, resultarán de aplicación las normas propias y específicas de las situaciones de stress del ordenamiento jurídico, tales como el artículo 1071 del Código Civil o el artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales.

En razón de ello, la situación expuesta no debe desviar el foco de atención sobre la real naturaleza del instituto, determinación ésta que guiará el encuadre jurídico que corresponderá aplicar a su utilización valiosa o disvaliosa.