

ALFREDO L. ROVIRA

Director

Empresa en crisis

Resolución de conflictos. Acuerdo preventivo extrajudicial

El concurso preventivo y los contratos pendientes

Continuación de la explotación de la empresa

Administradores y accionistas frente a la insolvencia

Responsabilidad tributaria, penal y aduanera



intento de sustraerse a tal consecuencia por las vías de la conversión y del concurso preventivo, soluciones que resultan integradoras de las leyes que rigen los ordenamientos financiero y concursal.

Las personas jurídicas que realicen actividad "parabancaria" estarán sancionadas con la liquidación del art. 19 de la ley de sociedades comerciales, lo que implica que son sujetos concursables, aunque para satisfacer a sus acreedores deban realizar cualquier actividad prevista en el objeto social, o aquella que resulte de una reforma de dicho objeto, a excepción de la prohibida.

Por otra parte, las personas físicas que hayan realizado actividad "parabancaria" son concursables sin limitación, debiendo hacer frente a sus pasivos con el desarrollo de una actividad no vedada por la ley.

CAPÍTULO IV

SITUACIÓN DE LOS APORTES IRREVOCABLES ANTE LA EMPRESA EN CRISIS*

§ 25. *PLANTEO DEL DEBATE.* - La situación que enfrentan los llamados "aportes irrevocables a cuenta de futura suscripción de acciones" ante la empresa en crisis es un tema de alta sensibilidad social, que pone en contraste la protección de los derechos de los terceros ajenos a la sociedad con el derecho del aportante de obtener la restitución de su aporte no capitalizado.

En torno a este instituto se han generado numerosos debates, tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial, de cuyo análisis surgen posiciones muy encontradas¹.

El problema fundamental radica en determinar si el aportante de un "aporte irrevocable" no capitalizado se encuentra facultado para concurrir a verificar el monto de su aporte en el proceso falencial de la compañía en la que lo efectuó o si, por

* Por ALEJANDRO LÓPEZ TILLI.

¹ Así, encontramos a quienes se inclinan por sostener que los "aportes irrevocables" son parte del riesgo empresario, contra los que sostienen que son pasivo exigible. Entre los sostenedores de la primera postura podemos citar a ALEGRIA, *Nuevas reflexiones sobre aportes a cuenta de futura emisión*, RDCO, 1995-A-18; GARCÍA CUERVA, *El llamado aporte irrevocable a cuenta de futura emisión*, LL, 1983-A-739; SARMIENTO, *Los aportes de capital a cuenta de futura suscripción de acciones ¿son irrevocables?*, LL, 2001-C-1243; VERGARA DEL CARRIL, *Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital*, ED, 172-103. Entre los sostenedores de la segunda postura podemos citar a SKIARSKI, *Aportes irrevocables a cuenta de futura emisión*, y BALONAS, *Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital*, ambos en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001.

el contrario, en el marco de dicho procedimiento, aquél pierde todo derecho sobre su aporte aún no capitalizado, siendo tratado éste como auténtico capital social, debiendo esperar a la liquidación de los bienes para participar de su remanente una vez cancelado el pasivo.

Desafortunadamente, luego de un agudo relevamiento de la doctrina y jurisprudencia relevante en la materia, advertimos de inmediato una tendencia a buscar, más que una solución fundada en estricta técnica jurídica, una toma de posición concreta frente a la hipótesis patológica del instituto que —por más común que pueda eventualmente resultar— no puede ni debe ser el fundamento del análisis científico.

Para las situaciones patológicas habrá de aplicarse otra solución legal, diferente de la hipótesis normal del instituto, pero con idéntico rigor jurídico.

En efecto, suele establecerse como premisa de partida para el estudio de la cuestión 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 sociedad².

Sólo a modo de adelanto habremos de anticipar que, para los supuestos de utilización *contra legem* del sistema, resultarán de aplicación las normas propias y específicas de las situaciones de estrés del ordenamiento jurídico, tales como el art. 1071 del Cód. Civil o el art. 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 desvaliosa.

² Ver CNCom, Sala C, 26/8/86, RDCO, 1987-150, donde esta premisa se ve particularmente reflejada y resulta ser el pilar fundamental de esta posición interpretativa.

Así, entonces, deberemos introducirnos invariablemente en el análisis del instituto de los aportes irrevocables a cuenta de futura suscripción de acciones, con el fin de determinar el marco jurídico aplicable al tema.

§ 26. *NATURALEZA JURÍDICA DEL INSTITUTO.* — La definición de "aporte irrevocable" no responde tanto a una conceptualización jurídica de rigor científico, como 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 del instituto bajo estudio.

Seguidamente se analizarán las distintas caracterizaciones que ha propuesto la doctrina, para concluir expresando nuestra opinión.

a) *OFERTA IRREVOCABLE.* Esta teoría ha sido propiciada principalmente por GARCÍA CUERVA, quien sostiene que el aporte irrevocable es un acto de naturaleza mixta³.

Por un lado, estaría compuesto por un acto unilateral y autónomo, que consiste en la oferta del aportante de celebrar un contrato de suscripción de acciones con la sociedad cuando ésta decida aumentar el capital; por el otro, existiría un acto bilateral y de naturaleza negocial, consistente en la renuncia por parte del aportante a su derecho a revocar su oferta antes de su aceptación definitiva por parte de la sociedad, mediante el respectivo aumento de capital y la aceptación de esta última de la renuncia referida.

Según sostiene el autor citado, la aceptación de la renuncia se produciría en forma tácita en el momento en que la sociedad recibe anticipadamente el objeto de la oferta.

La aceptación de la irrevocabilidad implicaría la creación de un derecho de opción a favor de la sociedad; opción exclusiva para aceptar o no la oferta.

El autor referido continúa explicando que la circunstancia de que el tercero haya anticipado el cumplimiento del objeto de la prestación de la obligación emergente del contrato de suscripción ofrecido, cuya celebración deja librado a la voluntad exclusiva y excluyente de la sociedad, no modifica la afirma-

³ GARCÍA CUERVA, *El contrato de suscripción de acciones*, p. 73 y siguientes.

ción expuesta, sino que se debe interpretar que la recepción citada importa la aceptación de la renuncia ofrecida⁴.

A primera vista, la teoría parece convincente, pero —a poco que analicemos su real contenido— advertiremos de inmediato su improcedencia.

En efecto, bajo la hipótesis de la oferta, lo primero que debemos preguntarnos es qué es lo que ofrece el oferente. La respuesta es: la celebración de un contrato de suscripción de acciones.

Como las acciones no existen ni pueden existir sin la previa decisión de la sociedad de aumentar su capital, este contrato deberá necesariamente encontrarse sujeto a la condición de que la sociedad aumente de manera efectiva su capital y emita las acciones que constituyen el objeto del contrato.

La aceptación del aporte por parte de la sociedad implicará la aceptación lisa y llana de la oferta, que conllevará el inmediato perfeccionamiento del contrato sujeto a condición. Ello así en virtud de lo dispuesto por el art. 1146 del Cód. Civil, que establece: "*El consentimiento tácito se presumirá si una de las partes entregare, y la otra recibiere la cosa ofrecida*".

Así planteada la cuestión, nos encontramos con un contrato nulo, a tenor de lo dispuesto por el art. 542 del Cód. Civil, puesto que —si bien el aportante ya ha cumplido en forma anticipada con la prestación a su cargo— la obligación contraída por la sociedad (entregar las acciones suscriptas) se encuentra sujeta a una condición (aumento de capital y emisión de acciones) que depende de su exclusiva voluntad.

Nada tiene que ver aquí la revocabilidad o irrevocabilidad de la oferta a la que hace referencia el autor en comentario.

Si se tratara de una oferta irrevocable y la aceptación del aporte por parte de la sociedad fuese interpretada como una aceptación de la renuncia a la revocabilidad de la oferta, entonces caeríamos en un círculo vicioso que conduciría al más elemental de los despojos, pues el aportante nunca podría exigir la restitución de lo aportado —por cuanto ello importaría la revocación de su oferta— y la sociedad tendría derecho a no pronunciar-

⁴ GARCÍA CUERVA, *El llamado aporte a cuenta de futuros aumentos de capital en caso de quiebra de la sociedad receptora*, en FAVIER DUBOIS (H.) (dir.), "Negocios parasocietarios", p. 152.

se nunca por la necesidad de aumentar su capital, permaneciendo el dinero aportado en una suerte de repositorio *parasocial*, no encasillable ni como capital ni como pasivo exigible.

Por otra parte, no existe fundamento legal alguno para considerar que la aceptación del objeto de la oferta no implica una aceptación de la oferta sino una aceptación tácita de la renuncia —también tácita— a la facultad del oferente de revocar su oferta.

Hemos de puntualizar, en primer término, que la renuncia a tal facultad —como la renuncia a cualquier otro derecho— debe ser interpretada con carácter restrictivo, en razón de las consecuencias que acarrea.

Así, entonces, si nada se dijo, no se advierte por qué habríamos de suponer que el aportante renunció a su facultad de revocar su oferta, cuando no hay ninguna norma legal que autorice a presumir tal extremo, en lugar de suponer que la sociedad aceptó la oferta, cuando sí, en cambio, hay una norma específica que regula tal circunstancia.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, debemos replantear el análisis de la teoría bajo estudio desde otra perspectiva. Y es que, por una cuestión metodológica, comenzamos preguntándonos "qué es lo que ofrecía el oferente", para simplificar el análisis del debate desde el mismo plano planteado por el autor de la teoría.

Pero, en estricto rigor de verdad, la primera pregunta que debemos formularnos es "a quién efectúa la oferta el oferente". Para dar respuesta a tal interrogante, debemos tener en cuenta que la sociedad, en definitiva, no es más que un contrato plurilateral de asociación. Por lo que la oferta de incorporarse como socio de la sociedad, o de modificar la tenencia relativa de un socio mediante el incremento de su participación, no es una cuestión que deba ir dirigida a la propia sociedad como ente separado y distinto de sus socios, sino a los propios socios que firmaron el contrato de asociación y que dieron lugar a la creación del ente.

El supuesto aporte irrevocable modifica las condiciones económicas tenidas en cuenta por los socios al momento de contratar. En razón de ello, mal puede la sociedad —por intermedio de su directorio— aceptar o dejar de aceptar una oferta o la renuncia a la revocabilidad de una oferta que no está dirigida a ella; quien sólo recibe el dinero hasta que el supuesto aportante

y el resto de los socios se pongan de acuerdo sobre la eventual incorporación o no del aportante como accionista de la sociedad.

La relación aportante-sociedad es accesoria y meramente circunstancial, y no puede ni deber trascender sus efectos propios hacia terceros.

Esta relación sólo adquiere relevancia cuando los demás socios aceptan al nuevo e incorporan su supuesto aporte al capital social, robusteciendo —sólo a partir de dicho instante— la situación patrimonial de la compañía y la garantía para los terceros.

Entre tanto, el mal llamado "aporte" no deja de ser un pasivo exigible para la sociedad, pues —ante la falta de acuerdo entre los socios y el "aportante"— nace la obligación por parte de ésta de restituir.

b) *CONTRATO SUJETO A RATIFICACIÓN.* Esta teoría parte de la necesidad de ratificación de lo actuado por el órgano de administración al aceptar el aporte irrevocable⁵. Habida cuenta su manifiesta incompetencia para producir el aumento de capital, la asamblea de accionistas debería convalidar lo actuado por el directorio, disponiendo el referido aumento.

No existiría aquí una oferta de aportar, sino un contrato ya celebrado, aunque sujeto a ratificación.

Se le ha criticado a esta teoría que lo dispuesto por el órgano asambleario no implica una ratificación lisa y llana de la aceptación del aporte, sino el dictado del presupuesto básico e indispensable, sin el cual el aporte no puede prosperar. Vale decir que la asamblea no ratifica, en realidad, la aceptación del aporte, sino que produce el aumento de capital, que sería un acto muy distinto.

Por otra parte, se ha dicho también que la ratificación retrotrae los efectos del acto al momento originario, cosa que no ocurre en el caso bajo análisis, donde el sujeto que irrevocablemente aporta no se convierte en socio o accionista desde el momento del aporte mismo, sino a partir de la capitalización efectiva, si eventualmente la hubiera⁶.

⁵ ALEGRIA, *Nuevas reflexiones sobre aportes a cuenta de futura emisión*, en II Jornadas de Derecho Societario, Universidad Notarial Argentina, 1981.

⁶ VIROLO, *Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital: cuestiones doctrinarias y jurisprudenciales*, en FAVIER DUBOIS (H.) (dir.), "Negocios parasocietarios", p. 111.

En otro orden de ideas, cabe aquí efectuar una crítica similar a la teoría de la oferta irrevocable, en cuanto a que, si en aquélla la renuncia a la revocabilidad de la oferta no podía ser aceptada por el directorio, mucho menos puede el órgano referido dar por celebrado aquí el contrato de suscripción, ni aun cuando éste se encuentre sujeto a ratificación.

c) *CONTRATO SUJETO A CONDICIÓN.* Esta teoría, a diferencia de la de la "oferta irrevocable", parte de la base de un contrato perfecto. Sin embargo, al igual que aquella otra, el contrato —necesariamente— se encuentra sujeto a la condición de que en definitiva la sociedad produzca el aumento de capital y emita las acciones.

Tal como ya lo hemos expresado, esta condición meramente potestativa para el deudor (la sociedad) nulifica el negocio jurídico por aplicación de lo dispuesto por el art. 542 del Cód. Civil.

No obstante ello, también aquí resultan aplicables el resto de las críticas efectuadas, en cuanto a la persona a quien va dirigida la oferta de incorporación a la sociedad (ver punto a).

d) *COMPROMISO PREVIO DE CARÁCTER CONTRACTUAL CON CLÁUSULA DE OPCIÓN.* Según esta teoría, sostenida por FAVIER DUBOIS (P.), el aporte irrevocable sería en realidad una suerte de compromiso previo, de carácter contractual, con cláusula de opción, y no un contrato perfecto desde el comienzo⁷.

La opción la otorgaría el aportante a favor de la sociedad, y ésta —por medio de su asamblea— sería quien, en definitiva, aceptaría o no el compromiso previo celebrado por el directorio.

De acuerdo con lo que sostiene este autor, y en forma coincidente con lo sostenido por la teoría de la oferta irrevocable, la opción a favor de la sociedad nacería de la renuncia a la revocabilidad del compromiso u oferta del aportante.

En defensa de esta posición, el autor ha sostenido que no cabe aquí la aplicación de la nulidad prevista por el art. 542 del Cód. Civil, pues ella fue establecida con el objeto de evitar el enriquecimiento sin causa en los contratos bilaterales típicos en que, si la parte de la cual depende la condición no per-

⁷ FAVIER DUBOIS (P.), *Apostillas provisionales (a cuenta de futuras investigaciones) al instituto de los "aportes irrevocables" (a cuenta de futuras emisiones)*, en FAVIER DUBOIS (H.) (dir.), "Negocios parasocietarios", p. 80.

mite que ésta se cumpla, estaría causando a su arbitrio que la otra permaneciera obligada hacia ella, sin ninguna contraprestación a cambio. En cambio, en la opción contractual, si la parte que goza de ella opta por no utilizarla, la obligación de la otra parte se extingue.

Lo que sucede, en realidad, es que —en el supuesto de los aportes irrevocables— la sociedad no está obligada a expresarse sobre su aceptación dentro de un limitado período de tiempo, por lo que puede prolongarse tal situación de indefinición por tiempo indeterminado, sin que le quepa al aportante queja alguna sobre el particular, habida cuenta de la opción irrestricta (o la renuncia a la revocabilidad de su oferta, según la óptica con que se quiera enfocar el problema) conferida a favor de la sociedad.

En otro orden de ideas, pondérese también que en los llamados “contratos de opción”, la opción es normalmente conferida al acreedor y no al deudor, por cuanto de lo contrario nos veríamos en un supuesto de crédito incobrable.

En razón de lo expuesto, estimamos que esta tesis tampoco puede prosperar.

e) *NEGOCIO SUI GÉNERIS*. Finalmente, se ha sostenido también que al “aporte irrevocable” no cabe encasillarlo dentro de las estructuras predeterminadas de otras figuras jurídicas, sino que es un negocio con naturaleza propia, con un mecanismo propio de funcionamiento y con un régimen particular operativo⁸.

La crítica medular que le cabe a esta tesis se centra en que no describe cuáles serían ese “mecanismo propio de funcionamiento” y ese “régimen particular operativo” que harían tan diferente al *aporte irrevocable* de los demás institutos conocidos por el derecho.

Vale decir que no encontramos aquí un verdadero y fundado desarrollo de la cuestión jurídica subyacente que nos permita apartarnos de las figuras ya conocidas por nuestro ordenamiento.

f) *NUESTRA OPINIÓN*. De acuerdo con lo prescripto por el art. 1º de la LSC, el aporte es un medio destinado a *financiar* la

⁸ VITOLO, *Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital: cuestiones doctrinarias y jurisprudenciales*, en FAVIER DUBOIS (H.), “Negocios parasocietarios”, p. 113.

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 otros dos fuentes del financiamiento societario son los *terceros* —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 serie 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 —que podrán proveer tanto los socios como terceros— viene revestido de las condiciones necesarias para ser considerado un auténtico aporte de capital, en el sentido técnico específico que le confiere la ley de sociedades.

El mecanismo establecido por dicha norma para efectuar un aumento de capital prevé, en los arts. 189 y 194, 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 éste en una cuenta especial del patrimonio neto —tal como propone la técnica contable—, al resolverse su capitalización se darán dos posibles escenarios. A saber, 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 (arts. 194 y 189, LSC), o 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 art. 189 de la LSC, en la capitalización de la "cuenta especial de aportes irrevocables".

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

No resulta de aplicación aquí el supuesto de limitación del derecho de preferencia regulado por el art. 197, inc. 2º, de la 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 sus 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: 1) la sociedad que necesita el financiamiento; 2) el aportante que lo suministra, con la presumible intención de convertirse en socio, y 3) 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 art. 197, inc. 2º, de la LSC (que aquí sí resultaría aplicable por tratarse de un pasivo), para compensar el crédito en cuestión. 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.

Corroborada lo expuesto el hecho de que el "supuesto aportante" jamás podrá obligar a la sociedad a efectuar el respectivo aumento del capital.

Así, entonces, habrá de conceptualizarse al mal llamado "aporte irrevocable" como un pasivo exigible con opción recíproca, por parte de la sociedad y del acreedor, de aplicar el crédito resultante a la compensación con las sumas que este 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 le prestaría fondos con el objeto de obtener un interés, sino con el ánimo de acceder a la participación social y gozar de los beneficios de un socio⁹.

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 aun en el caso de ser comerciante el prestamista (arts. 560 y 565, Cód. de Comercio)¹⁰.

Aun en el caso de que se presumiera la onerosidad del mutuo comercial, nada obsta a la renuncia de los intereses, en la medida en que ellos sólo benefician al interés particular del mutuante (art. 872 y ss., Cód. Civil)¹¹. Con ello habremos de dar respuesta a la única crítica de la que ha sido objeto esta teoría.

§ 27. *LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.* – Reseñaremos los casos de ribetes más definidos.

a) *"ZAVALA SÁENZ C/RADIO FAMILIA SA"*. El actor había entregado a la sociedad unas sumas de dinero en concepto de aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones de acciones. Luego la sociedad realizó una asamblea y decidió aumentar el capital social, emitiendo nuevas acciones e imponiendo una prima de emisión¹².

El actor solicitó la restitución del aporte efectuado sobre la base de considerar que la imposición de la prima de emisión había importado una contraoferta –inaceptable para él– a los términos de la oferta originaria de suscripción que había efectuado.

⁹ CNCom, Sala C, 26/8/86, *RDCO*, 1987-150.

¹⁰ FERNÁNDEZ - GÓMEZ LEO, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, t. III-B, p. 158 y siguientes. En idéntico sentido, MALAGARRIGA, *Tratado elemental de derecho comercial*, t. II, Primera parte, p. 304.

¹¹ NISSEN, *Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones y la protección del aportante*, en FAVIER DUBOIS (H.) (dir.), "Negocios parasocietarios", p. 99.

¹² JuzgNCom n° 1, 18/3/85, *RDCO*, 1985-106.

Así planteado el debate, el juez de grado entró en el análisis de la figura para determinar su naturaleza jurídica y alcance. Sostuvo que el contrato de suscripción de acciones sólo admite un orden natural y recto que implica –necesariamente– la previa decisión asamblearia de aumentar el capital y emitir las acciones que serán objeto del referido contrato de suscripción, y que los llamados "aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones" importan una inversión del proceso natural de suscripción de acciones que acarrea inconvenientes insalvables.

A juicio del sentenciante, la oferta de suscribir acciones aún no emitidas es un acto nulo por aplicación de lo dispuesto por los arts. 1170 y 1171 del Cód. Civil, los cuales admiten la indeterminación del objeto del contrato en cuanto a su cantidad, pero sujeto a que ésta sea eventualmente determinable por un tercero.

En tal orden de ideas, entiende que en la forma "invertida" de suscripción de acciones no está determinada, ni es determinable por un tercero, la cantidad de cosas (acciones) que recibirá el suscriptor, pues –habiéndose hecho previamente el aporte– la cantidad de acciones que se entregará al anticipado suscriptor dependerá del precio que se les fije a esas acciones, lo que depende de la asamblea, que puede emitir las a la par o con prima, según potestad que le confiere el art. 202 de la LSC.

Afirma también que, en tanto esa asamblea es un órgano de la sociedad, no puede ser considerada un "tercero" en los términos del art. 1171 del Cód. Civil, por lo que –en síntesis– la cantidad de cosas (acciones) objeto del contrato de suscripción está indeterminada y es indeterminable en la forma "invertida" de ese contrato, de modo que resulta nulo por defecto de objeto.

Manteniéndose en la misma línea de pensamiento, afirma el sentenciante que resulta claro que las partes no celebraron ese extraño contrato "invertido" de suscripción de acciones –contrario al "orden natural" y generador de conflictos de toda especie–, sino que en realidad formalizaron un vulgar contrato de préstamo. Préstamo sin plazo (lo que es extraño, pero no ilegítimo, habida cuenta la previsión del art. 559, Cód. de Comercio) y que le confiere al prestamista un crédito contra la sociedad.

Con ese crédito el actor podría haber compensado su ulterior deuda por suscripción de acciones, luego de emitidas las acciones y según la forma usual –no "invertida"– de ese contra-

to. En realidad, no habría contrato alguno de suscripción de acciones "invertido", sino que habría préstamos comunes y corrientes, con la salvedad de que el crédito de ellos emergente podría ser compensado con la deuda que surgiría para el prestamista de futuras suscripciones de acciones (y no suscripción de acciones futuras).

Compartimos el criterio, sustentado por el magistrado interviniente, en el sentido de conceptualizar al aporte irrevocable como un mero pasivo con opción, para la sociedad, de cancelar su deuda con la dación en pago de acciones de su propio capital social y, para el acreedor, de compensar hasta el máximo de su crédito la deuda que éste pueda eventualmente contraer en el futuro con la sociedad, como consecuencia de la suscripción de acciones de un hipotético aumento de capital.

b) "PALACIO DEL FUMADOR SRL S/QUIEBRA". Uno de los socios de la sociedad, quien además desempeñaba el rol de administrador, había entregado sumas de dinero a ésta, sin aclarar si se trataban de aportes irrevocables o de meros préstamos. Producida la quiebra de la sociedad, el socio referido se presentó a verificar los importes en cuestión, imputándoles el carácter de préstamos¹³.

El fiscal de cámara, en dictamen que luego la sala hizo suyo, interpretó que las sumas ingresadas al giro social lo habían sido en carácter de aporte y no de préstamos, y que la pretensión de verificarlas en la instancia falencial implicaba un intento del socio de evadir su obligación de contribuir a las pérdidas. Ello así, pese a la omisión de las formalidades necesarias para perfeccionar el respectivo aumento del capital social.

Este precedente constituye el pilar fundamental sobre el que descansan las teorías que postulan el verdadero carácter de *aporte de capital* de los llamados "aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones". Sin embargo, lo llamativo del caso es que en el fallo en comentario en ningún momento se efectuó un análisis pormenorizado de la naturaleza jurídica de los fondos ingresados bajo tal modalidad al giro comercial de la sociedad.

Adelantamos, desde ya, nuestra opinión en el sentido de no compartir el criterio sentado por el tribunal interviniente y mucho menos la solución adoptada.

¹³ CNCom, Sala C, 26/8/86, RDCO, 1987-150.

Es que, como lo hemos postulado, el mal llamado "aporte irrevocable" no deja de ser –en última instancia– una relación crediticia común con opción para la sociedad de cancelar su deuda mediante dación en pago de sus propias acciones y, para el acreedor ("aportante"), de compensar su crédito con la deuda que pudiera contraer hipotéticamente en el futuro por suscripción de acciones de la sociedad, ante el supuesto de un eventual aumento de capital.

No se nos escapa que la solución propiciada podría llevar al extremo de alentar a los accionistas a disminuir el riesgo de pérdidas mediante el fácil recurso de dotar de capital de giro a la empresa mediante préstamos personales y no por aportes de capital, lo que conllevaría a una situación de infracapitalización intencional de la persona jurídica, que afectaría seriamente a los terceros contratantes, que verían disminuidas sus garantías de cobro en la hipótesis de insolvencia de la sociedad, pues concurrirían a la masa en igualdad –o quizás en inferioridad– de condiciones que los socios.

Pero éste es un supuesto patológico –que quizás haya sido el que, sin decirlo, tuvo en cuenta el fiscal interviniente– que habrá de regirse por otras normas que no son las aquí analizadas, sino las propias de los supuestos *contra legem* como, por ejemplo, el art. 1071 del Cód. Civil y el art. 54 de la LSC.

De cualquier manera, dejando de lado la hipótesis de la infracapitalización intencional, adviértase la circunstancia de que, producida la declaración de quiebra, la sociedad entra en disolución y liquidación, por lo que el objeto del contrato de suscripción deviene de cumplimiento imposible.

Siendo así, resulta absolutamente inviable –desde el punto de vista jurídico– pretender imputar el carácter de capital a la entrega de fondos efectuada bajo la modalidad de un supuesto "aporte irrevocable". Si éste reviste el carácter de capital, entonces debe producirse el aumento respectivo y emitirse las correspondientes acciones, lo cual es absolutamente incompatible con el estado falencial.

Lo expuesto pone en crisis la solución adoptada por el tribunal sentenciante.

c) "SANTA LUCIA SA c/POLICASTRO". La demanda se inició persiguiendo el cobro de una suma de dinero que el demandado habría adeudado como consecuencia de su incumplimiento de

la obligación asumida, mediante acta de directorio, de efectuar un aporte mensual a fin de afrontar ciertos gastos ocasionados para mantener algunos bienes del patrimonio social¹⁴.

El demandado reconoció el compromiso de aporte mensual, pero sostuvo que como él ya había efectuado, en la misma fecha de la celebración de la reunión de directorio, un aporte en efectivo por un importe superior, la sociedad era deudora hacia él y solicitó la compensación hasta la concurrencia de dicho crédito.

En ambas instancias le fue denegado el derecho de compensación, sobre la base de considerar que tanto las sumas adelantadas en efectivo, como las sumas mensuales comprometidas revestían el carácter de préstamos y no era dable compensar un préstamo con otro, habida cuenta de que no se encontraba probado en autos que el plazo del primero estuviera vencido.

Lo relevante del fallo bajo análisis fue que, al analizarse el carácter de los anticipos efectuados y las sumas comprometidas, se concluyó que —aunque figuraran con la denominación de “aportes” en la propia contabilidad de la empresa— no podía conferírseles el carácter de aportes irrevocables, por cuanto “el uso de la palabra aportes, sin otro aditamento, no necesariamente debe inducir a concluir que ellos sean a cuenta de futuras suscripciones, pues suele ocurrir que los términos utilizados conducentemente por los expertos contables en el ámbito de su disciplina no resulten precisos para ser trasladados al plano jurídico sin una prudente reinterpretación”.

d) “VILLANI Y OTRO C/CEMEDA SA”. Los actores, accionistas de la sociedad demandada, habían realizado diversos aportes de fondos a la accionada desde los años 1982 y 1986, ingresando algunos como aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital, y otros en carácter de préstamos¹⁵.

El 1º de junio de 1990 se celebró una asamblea extraordinaria en la que se resolvió capitalizar la totalidad de los fondos ingresados a la sociedad por los respectivos accionistas (tanto los ingresados en carácter de aportes como los ingresados en carácter de préstamos) y emitir las correspondientes acciones. Los actores solicitaron la restitución de todos los fondos ingre-

¹⁴ CNCom, Sala B, 25/3/96, ED, 172-103.

¹⁵ CCivCom Azul, Sala I, 17/10/97, ED, 187-258.

sados a la sociedad e impugnaron la asamblea sobre la base de considerar que constituía el cumplimiento tardío y moroso de la sociedad de su obligación de entregar las correspondientes acciones.

Analizada la cuestión por el sentenciante de grado y el tribunal de alzada, ambos llegaron a la conclusión de que no existía mora suficiente, por parte de la sociedad, que habilitara la rescisión causada por aplicación del pacto comisorio del art. 206 del Cód. de Comercio o el art. 1204 del Cód. Civil, pues no había mediado intimación previa por parte de los actores.

Así, no correspondía restituir las sumas entregadas en concepto de aporte irrevocable, pero sí, en cambio, las ingresadas en carácter de préstamo.

En este orden de ideas, se hizo lugar parcialmente al pedido de nulidad de la asamblea, sólo en cuanto ésta resolvió capitalizar más de lo que legalmente correspondía —pues se estaban capitalizando no sólo los aportes irrevocables sino también los fondos ingresados en carácter de préstamo— y en cuanto se emitieron acciones en pago de tales capitalizaciones en una proporción distinta de la convenida contractualmente.

La teoría jurídica en la que se basó el pronunciamiento para resolver la no restitución de los aportes fue la tesis del contrato sujeto a ratificación. Así, se consideró que la entrega de sumas de dinero en carácter de aporte irrevocable implicó la celebración de un auténtico contrato de suscripción sujeto a ratificación por el órgano de gobierno, y que la asamblea impugnada había importado la respectiva ratificación, por lo que el contrato era plenamente perfecto y a los actores no les quedaba más que reclamar las acciones correspondientes.

Si bien, sobre la base de lo que hemos adelantado al expresar nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica del “aporte irrevocable”, no cabe más que reiterar aquí la *no adhesión* a la teoría del contrato sujeto a ratificación que sirvió de fundamento para el dictado del pronunciamiento definitivo en el fallo bajo análisis, estimamos conveniente, en cambio, resaltar el mérito de la sentencia, en cuanto a que —una vez dictada la resolución asamblearia que da lugar al aumento de capital— el *aportante irrevocable* (acreedor, según nuestra posición) pierde el derecho a requerir la restitución del dinero suministrado a la sociedad.

Sin embargo, hemos de señalar que la no restitución del dinero no se debe al carácter de aporte de capital que le asigna la sentencia en debate, sino al hecho de que —a partir de dicho momento— nace para la sociedad la facultad conferida por el mismo *aportante-acreedor* de cancelar la obligación de restituir, mediante una dación en pago de acciones. Ello así pues —en definitiva— la capitalización de un supuesto “aporte irrevocable” no es más que una simple capitalización de deuda autorizada *ab initio* por el propio acreedor.

e) “*SHOJET C/SILEAN SA Y OTRO*”. Aunque lamentablemente la sentencia no efectúa un relato pormenorizado de las circunstancias del caso, pues remite a lo ya expresado por el juez de grado, de su análisis se desprende que se trata una vez más del supuesto de un accionista que ha ido efectuando aportes en la sociedad y que —habiendo tomado conocimiento de su estado de insolvencia— acciona para demandar la restitución de lo aportado y aún no capitalizado¹⁶.

Es de destacar que no se advierte de las constancias de autos que la sociedad haya sido declarada en quiebra, ni que se encontrara siquiera en proceso de concurso preventivo.

En este estado de cosas, el vocal preopinante —en voto que conformó la mayoría— opinó que el aporte efectuado por el actor implicaba una oferta irrevocable y que la renuncia a la revocabilidad de la oferta debía suponerla del hecho de que hubiese entregado el dinero a la sociedad antes de que ésta se expresara sobre su aceptación.

De tal modo, entendió que se había conferido una opción a la sociedad para que ésta decidiera si aceptaba o no la oferta de suscripción que el accionante ya no podía retractar.

Sostuvo el sentenciante que el actor supo de antemano que los fondos se destinarían de inmediato al giro social, quedando afectados al riesgo que le es propio, por lo que la pretensión de obtener su restitución una vez advertido el quebranto del ente se presentaba como una actitud que —en tanto reñida con la buena fe— no merecía el amparo jurisdiccional.

Tuvo por acreditado el preopinante que el actor integraba el directorio de la sociedad, por lo que en tal carácter bien pudo

¹⁶ CNCom, Sala E, 15/9/92, “Errepar”, *BD*, 029.000.001

instar la convocatoria de la asamblea, y que dedujo su pretensión luego de haber tomado conocimiento fehaciente de que la sociedad se hallaba en quebranto, lo que permitía inferir que —en última instancia— lo que se buscaba por dicha vía era reparar los perjuicios derivados del que, en definitiva, resultara un mal negocio.

Por su parte, el doctor ARECHA se adhirió al voto del doctor GUERRERO, aunque dejando sentado que —a su parecer— no debía establecer el principio general de que la entrega de dinero a la sociedad implicaba sin más la renuncia a la revocabilidad de la oferta, sino que debía estarse a las circunstancias concretas de cada caso.

De lo expuesto, surge claro el criterio mayoritario de la sala en cuanto a la adhesión a la teoría de la oferta irrevocable esbozada por GARCÍA CUERVA. Sin embargo, son de resaltar los fundamentos propios del doctor ARECHA, que conllevan el reconocimiento de que no cabe una adhesión sin cortapisas a la teoría referida, pues efectuar reservas sobre la presunción de renuncia a la irrevocabilidad de la oferta importa tanto como herir de muerte a la citada teoría, que se desploma entonces sin fundamento alguno que logre sustentarla.

Es que, si admitimos que la supuesta oferta puede ser revocada, surge la caracterización obligada de la cuenta “aportes” como un pasivo exigible hasta tanto se pronuncie la asamblea por su capitalización.

Por lo demás, reiteramos aquí —una vez más— las críticas ya efectuadas a la teoría sustentada en este fallo.

f) “*ANGELERI SZABO C/SZYSZKOWSKI Y OTROS*”. En el precedente bajo estudio se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, integrada a la época de los hechos por dos únicos socios, ambos demandados, los cuales formaban parte, por ese entonces, del órgano de administración de la sociedad en calidad de gerentes¹⁷. Uno de ellos recibió del actor (aparentemente un tercero ajeno a la sociedad, por lo menos a la fecha en que se produjeron los hechos, según puede deducirse del relato de la sentencia) la suma de diez mil dólares estadounidenses en carácter de aporte irrevocable de capital, con el compromiso implícito de aumentar el caudal societario en la misma proporción.

¹⁷ CNCom, Sala A, 5/7/94, “Doctrina Societaria y Concursal Errepar”, VI-919.

El dinero fue ingresado en el giro de la sociedad, con el presumible e inexcusable conocimiento de su socio y coadministrador de aquélla, extremo que —según relata el vocal preopinante— surgiría de las constancias de los libros de comercio llevados por la sociedad.

Si bien la sentencia no lo expone en forma expresa, el actor habría demandado por la modificación del contrato social de la sociedad para lograr su incorporación como socio.

En este contexto, el juez de grado entendió que el aporte irrevocable era un contrato sujeto a ratificación por la reunión de socios, único órgano capaz de resolver el aumento de capital indispensable para capitalizar los aportes efectuados. La falta de ratificación exteriorizada mediante las formalidades legales exigidas convertía al acto por el que se efectuaba el aporte en una sociedad, cuyo capital se encontraba totalmente suscripto e integrado, en un acto carente de causa y de virtualidad eficiente.

En este sentido, agregó que la ausencia de una decisión social por medio de los recaudos orgánicos pertinentes no podía ser suplida por el conocimiento que tuvieran los socios sobre la existencia del acto, o por la utilización de los fondos aportados por parte del ente societario, dado el reconocimiento legal de la personalidad jurídica de este último.

Sobre tal base argumental, rechazó la pretensión de la parte actora de modificar el contrato social de la SRL para lograr su incorporación como socio.

Apelada la causa al tribunal de alzada, la sala interviniente se adhirió a la teoría de acto sujeto a ratificación expresada por el juez de grado, pero, sin embargo, manifestó que aparecía como verdaderamente excesivo, para atribuir virtualidad jurídica al aporte de capital efectivizado por la actora, la concreción de una decisión orgánica de la sociedad demandada aumentando el capital social y suscribiendo las cuotas sociales correspondientes al aporte realizado por el accionante, cuando los dos únicos socios que tenía la sociedad (cuya calidad de SRL no cabía desatender en esta evaluación, dado su carácter no totalmente escindido del concepto de sociedad de personas y no completamente de capital, como las SA) tenían o debían tener cabal conocimiento de ese aporte al giro societario, con el consiguiente compromiso de efectuar los trámites internos tendientes a materializar el aumento de capital.

A criterio del tribunal, exigir en un caso como el presente una formal decisión societaria, aumentando el capital con ulterior suscripción de las cuotas sociales por parte de la nueva integrante de la sociedad, importaba un exceso ritual manifiesto, incompatible con el propósito de justicia.

Así, pues, efectuando una aplicación inversa de la teoría de la inoponibilidad jurídica contemplada por el art. 54 de la LSC, el tribunal sostuvo que, siendo que los dos únicos socios de la SRL estaban al corriente del aporte realizado por la actora, no debían poder ampararse legítimamente en el incumplimiento de las formalidades legales para la modificación del contrato social, con el objeto de evadir las consecuencias del aporte irrevocable de capital concretado por la accionante en su oportunidad, escudándose exclusivamente en las consecuencias de la personalidad jurídica de la entidad.

Consideraron preferible, en cambio, prescindir de esa personalidad jurídica e imputar las consecuencias del acto jurídico celebrado por uno de los socios administradores, cual si hubiesen sido cumplidos los actos necesarios para la satisfacción de la finalidad última de aquel acto, que no podía ser otro que la incorporación de la actora en la proporción que correspondía al aporte realizado, de acuerdo con la voluntad expresada —explícita e implícitamente— por la totalidad de los integrantes de la sociedad.

Aunque partiendo de reconocer el carácter novedoso de la solución y su mérito en aras de la justicia, más allá de lo correcto o incorrecto de la solución en el caso concreto, debemos ponderar los alcances dogmáticos del criterio sustentado en este fallo, los cuales —desde ya— no podemos compartir.

Aquí se insiste, una vez más, sobre el carácter de acto sujeto a ratificación por la asamblea que ostentaría el aporte irrevocable a cuenta de futuras suscripciones. Y es allí donde entendemos que se comete el yerro de la argumentación jurídica.

Es que, como hemos visto, no existe tal acto sujeto a ratificación sino una simple relación crediticia.

De haberse aplicado la solución adoptada en "Zavala Sáenz c/Radio Familia SA", el actor hubiese visto igualmente protegida su inversión. De haber mediado un verdadero consenso absoluto por parte de la totalidad de los socios en incorporar al actor como un socio más, no habría habido inconveniente alguno para

que, en ese mismo momento, se procediera a realizar el aumento de capital por decisión unánime, con la renuncia de todos los socios a ejercer sus respectivos derechos de suscripción preferente y de acrecer para posibilitar la suscripción total del aumento por el aportante en ese mismo instante.

La no adopción de tal temperamento, pese a la posibilidad cierta y concreta de haberlo hecho, nos lleva a que no podamos concluir el supuesto consentimiento de los socios en la incorporación del actor como un socio más. Máxime si se tiene en cuenta —como el propio tribunal lo resalta— que la SRL, en definitiva, no deja de ser una sociedad de personas, donde la *afectio societatis* entre las personas físicas integrantes de ella adquiere un rol de preponderante supremacía sobre el capital.

La solución adoptada importa una inadecuada intromisión en la esfera interna societaria del ente, violatoria del más elemental principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Por el carácter personalista de la SRL, el contrato social es un contrato *intuitu personæ*, y la resolución adoptada por el tribunal sentenciante distorsiona tal carácter, para incorporar por la fuerza a quienes los socios de la sociedad no querían incorporar.

Se buscó, en el caso, la ejecución forzada de una obligación de hacer (incorporar como socio al aportante), pero olvidando la naturaleza personalísima de este contrato de sociedad.

La solución correcta habría sido la restitución de lo aportado, con más sus accesorios e intereses, y —en su caso— una acción de daños contra los socios de la SRL que frustraron la expectativa de socio del aportante, solución ésta compatible con la caracterización del aporte como pasivo exigible.

§ 28. **TRATAMIENTO CONTABLE.** — Hemos de comenzar por señalar que, ante la falta de tratamiento normativo de la figura por parte de la ley de sociedades, la ciencia del derecho ha dado rienda suelta a las demás disciplinas para la creación pretoriana del esquema normativo que habría de regular el instituto bajo examen.

Es así que la ciencia contable, atendiendo a su principio rector de la *realidad económica* y desconociendo la compleja trama jurídica subyacente, ha visto en el “aporte irrevocable” un auténtico aporte de capital —aún no perfeccionado—, atendiendo

exclusivamente a una presunta voluntad del aportante e ignorando las consecuencias de tal imputación.

En este entendimiento, la res. técnica 17 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas ha establecido: “5.19.1.3.1. *Aportes irrevocables para futuras suscripciones de acciones.* La contabilización de estos aportes debe basarse en la realidad económica. Por lo tanto, sólo deben considerarse como parte del patrimonio los aportes que a) hayan sido efectivamente integrados; b) surjan de un acuerdo escrito entre el aportante y el órgano de administración del ente que estipule: i) que el aportante mantendrá su aporte, salvo cuando su devolución sea decidida por la asamblea de accionistas (u órgano equivalente) del ente mediante un procedimiento similar al de reducción del capital social; ii) que el destino del aporte es su futura conversión en acciones; iii) las condiciones para dicha conversión, y c) hayan sido aprobados por la asamblea de accionistas (u órgano equivalente) del ente o por su órgano de administración ad referendum de ella. Los aportes que no cumplan las condiciones mencionadas integran el pasivo”.

El análisis contable parte de la premisa de considerar que el aportante tiene la intención de convertirse en socio de la sociedad (en caso de que lo efectúe un tercero) o de aumentar su participación accionaria en ella (en caso de que lo efectúe un socio).

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que tanto la incorporación de un nuevo socio al ente como la modificación de la posición relativa de alguno de ellos con respecto al resto no es una decisión que dependa en forma exclusiva del *aportante*, sino de los demás miembros del contrato social.

Vale decir que, para que el supuesto *aporte irrevocable* adquiera el carácter de aporte de capital, resulta insoslayable la respectiva decisión asamblearia de aumentar el capital; decisión ésta que no puede ser suplida por la aceptación del ente (por medio de su órgano de administración) ad referendum de la asamblea.

La supuesta aceptación ad referendum no es sino la manifestación más clara y precisa de la incapacidad del ente para aceptar por sí un aporte de capital sin la previa autorización de los socios por los mecanismos legales y estatutarios correspondientes.

Sentado lo expuesto, mal puede admitirse la asimilación —en cuanto al tratamiento contable— de los *aportes irrevocables* a los auténticos aportes de capital.

Adviértase que la técnica contable, en realidad, distorsiona el verdadero alcance del aporte y contribuye a crear una falsa idea de solvencia, que dista en mucho del mentado principio de la realidad económica.

La única realidad económica y jurídica que existe es la que nos indica que, mientras que el aporte no se haya capitalizado realmente, no cabe computabilizarlo como una cuenta integrante del patrimonio neto, pues —por más irrevocable que sea— bastará una negativa de la asamblea en cuanto a su capitalización¹⁸ para que se torne indiscutible su exigibilidad por parte del aportante, advirtiéndose así su incuestionable naturaleza de pasivo.

De este modo, la tendencia de la ciencia contable a contabilizar el aporte irrevocable dentro del patrimonio neto, en realidad, no hace más que crear una situación ficticia, incompatible con la realidad sustancial subyacente y que conduce a engaño a los terceros respecto de la verdadera situación de solvencia del ente.

Sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es que —la mayoría de las veces— la imputación como aporte irrevocable responde a motivaciones más bien de tipo tributarias, para evitar las inconvenientes consecuencias de su imputación como un mutuo por parte de la AFIP (impuesto a las ganancias sobre los intereses presuntos), o a la intención de no castigar el balance o el resultado del ejercicio mediante la inclusión de un pasivo.

Sin lugar a duda, esta circunstancia no ha sido tenida en cuenta por la normativa contable. Por último, es de destacar que ella se ha extendido a los regímenes contables de las sociedades cotizantes, por medio de las disposiciones de las normas de la Comisión Nacional de Valores¹⁹ y del Reglamento de

¹⁸ Ello así, sin tener en cuenta que —a nuestro entender— bastará con que la asamblea omita pronunciarse en un tiempo razonable sobre el particular, para que el *aportante* tenga acción para recurrir ante la justicia a fin de que se fije el plazo dentro del cual la asamblea tenga la obligación legal de expedirse.

¹⁹ El art. 13 dispone que “a los efectos de los arts. 31, 70, 203, 205 y 206 de la ley de sociedades comerciales y otras normas legales o reglamentarias complementarias en las que se hace referencia a límites o relaciones con capital, se aplicará la siguiente interpretación: capital: está formado por los aportes comprome-

la Bolsa de Comercio de Buenos Aires²⁰, y a la actividad bancaria y aseguradora, por las circulares y comunicaciones del Banco Central de la República Argentina²¹ y por el reglamento

tidos o efectuados por los accionistas, estén o no representados por acciones, ajustados por inflación hasta el 31 de agosto de 1995, y comprende acciones en circulación, acciones propias en cartera, aportes irrevocables y primas de emisión y sus correspondientes rubros complementarios de ajuste integral”.

Por su parte, el art. 6º, al establecer la información que deberán proporcionar las emisoras que deseen ofertar títulos valores con relación a los aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones, menciona: “a) detalle de los aportantes, que incluya el monto aportado en moneda constante por cada uno de ellos, su relación con la sociedad (accionista, proveedor, director, etc.), y en el caso de no revestir la calidad de accionistas, domicilio y nacionalidad, y b) características de los aportes, condiciones de capitalización, fechas de las resoluciones sociales aprobatorias y todos aquellos otros requisitos pactados”.

El Anexo I establece: “Para las situaciones legisladas en los arts. 31 y 206 de la ley 19.550 y otras normas legales o reglamentarias complementarias en las que se hace referencia a límites o relaciones con capital, se aplicará la siguiente interpretación: capital: está formado por los aportes comprometidos o efectuados por los accionistas, estén o no representados por acciones, ajustados por inflación hasta el 31 de agosto de 1995, y comprende acciones en circulación, acciones propias en cartera, aportes irrevocables y primas de emisión y sus correspondientes rubros complementarios de ajuste integral hasta la fecha antes mencionada. En cuanto al rubro de ‘Aportes no capitalizados’: a) primas de emisión: expondrán directamente en moneda de cierre, es decir, sin agregación alguna entre su valor nominal N, su ajuste por inflación (según la modalidad establecida en el punto 2 de este Anexo); b) aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones: su importe, histórico ajustado por inflación (conf. punto 2 del Anexo) debe dividirse entre: I) el ‘valor técnico’ que resulte de computar el aporte original y las actualizaciones monetarias que se hubieren acordado, que deberán mostrarse como ‘Adelantos irrevocables a cuenta de futuras suscripciones’; II) el resto, que deberá imputarse al ‘Ajuste integral de adelantos irrevocables a cuenta de futuras suscripciones’”.

²⁰ El art. 63, h, de la res. técnica 17, en relación con la información contable que las sociedades cotizantes deben presentar para su publicación, expresa que “en caso de que dentro del capítulo ‘patrimonio neto’ del estado de situación patrimonial se incluya el rubro ‘adelantos irrevocables’ (o similar), copia del acta de directorio que avale dicho tratamiento contable”.

²¹ Entre las circulares y comunicaciones del BCRA, podemos mencionar, con relación al tema que nos ocupa, las siguientes.

a) CONAU. Manual de Cuentas. Cuenta 420006. Aportes no capitalizados. Aportes irrevocables para futuros aumentos de capital: “Incluye únicamente los aportes de carácter irrevocable a cuenta de futuros aumentos de capital, efectuados por los accionistas de la entidad de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, los que deberán constar en documentación fehaciente que acredite el ingreso de los fondos, el carácter irrevocable del aporte y la determinación del plazo para el aumento del capital social, así como de haber tomado conocimiento el directorio de la entidad”.

general de la actividad aseguradora (res. 21.523/92, de la Superintendencia de Seguros de la Nación)²², respectivamente, así

b) Circular Lisol-1, modificada por la com. "A" 2136, del 19/8/93: "Aportes de capital. A los fines de todas las reglamentaciones vinculadas con el capital, su integración y aumento, inclusive los referidos a planes de encuadramiento, los aportes deben ser efectuados exclusivamente en efectivo y/o con títulos-valores públicos nacionales, en australes o en moneda extranjera. Cuando se trate de títulos públicos nacionales el aporte deberá ser efectuado en valores que cuenten con cotización habitual en las bolsas y mercados en los que se transen".

c) Lisol. Com. "A" 2136, del 19/8/93: "3.1. Determinación. Conceptos computables. La responsabilidad patrimonial computable de las entidades financieras, a los efectos de las normas reglamentarias de las prescripciones del art. 30 de la ley 21.526 se determina deduciendo del saldo correspondiente al Capítulo 'Patrimonio neto' (código 400000) del Plan de Cuentas Mínimo, los importes que se indican en el punto 3.2".

d) Com. "A" 2136, del 19/8/93: "Punto 3.2: El patrimonio neto básico comprende las siguientes partidas del Capítulo 'Patrimonio neto' del Plan de Cuentas Mínimo: capital social - aportes no capitalizados - ajustes al patrimonio - reservas de utilidades - resultados no asignados".

²² Art. 39, disposición 39.1.3.1: "Los estados contables en moneda constante son los únicos que deberán exponerse... Todos los rubros de los estados contables se expondrán individualmente, por sus valores convertidos a moneda del cierre, con la excepción de la cuenta 'Capital' y los 'Aportes no capitalizados'...".

Art. 39, disposición 39.1.2.4.1: "El patrimonio neto al inicio del primer ejercicio en que se practique la conversión a moneda constante se determinará a opción de la entidad, por uno de los siguientes métodos: 1. Método integral... b. Los importes correspondientes al capital aportado y las primas de emisión efectivamente cobradas (ambos desde la fecha de su integración al ente) y los aportes irrevocables no capitalizados (desde la fecha en que se aportaron o se decidió su irrevocabilidad, la que resulte más reciente), se convertirán a moneda de cierre del ejercicio anterior del primer ajuste".

El art. 39 fue reemplazado por res. SSN 28.906/02.

Art. 30, disposición 30.3.2 (según res. SSN 22.462/93): "Los aportes que se efectúen para absorber el déficit de capital mínimo deberán serlo para la integración de capital social, para la cual la entidad dispondrá su correspondiente aumento y la consecuente emisión de acciones. Mientras se cumpla los trámites necesarios a tales efectos, los aportes deberán tener el carácter de 'irrevocables y a cuenta de futuras suscripciones'".

Los bienes que se incorporen, o las inversiones que hubieran sido colocados y los aportes en efectivo, no podrán cambiar su destino sin la previa autorización de esta Superintendencia de Seguros de la Nación, la que considerará el pedido ateniéndose a fundadas razones y siempre que quede asegurada la integridad patrimonial de la aseguradora.

En el supuesto que los aportes efectuados se destinen a cancelar pasivos, sólo serán considerados si los mismos se encuentran incluidos en el estado contable que origina el déficit en cuestión.

como también ha tenido influencia en materia de normativa impositiva²³.

En las cooperativas y mutualidades, los importes de cuotas de capital facturadas a los asegurados en los premios de seguros, sólo se tendrán en cuenta en la medida que se destinen exclusivamente a inversiones admitidas por las normas vigentes".

²³ La ley de impuesto a las ganancias dispone en su art. 95: "A los fines de practicar el ajuste por inflación a que se refiere el artículo anterior, se deberá seguir el siguiente procedimiento:

a) Al total del activo según el balance comercial o, en su caso, impositivo, se retrotraerán los importes correspondientes a todos los conceptos que se indican en los puntos que se detallan a continuación:... 11) Aportes y anticipos efectuados a cuenta de futuras integraciones de capital, cuando existan compromisos de aportes debidamente documentados o irrevocables de suscripción de acciones, con excepción de aquellos que devenguen intereses o actualizaciones en condiciones similares a las que pudieran pactarse entre partes independientes, teniendo en cuenta las prácticas normales del mercado... 13) Saldo deudores del titular, dueño o socios, que provengan de integraciones pendientes o de operaciones efectuadas en condiciones distintas a las que pudieran pactarse entre partes independientes, teniendo en cuenta las prácticas normales del mercado. 14) En las empresas locales de capital extranjero, los saldos deudores de persona o grupo de personas del extranjero que participen, directa o indirectamente, en su capital, control o dirección, cuanto tales saldos tengan origen en actos jurídicos que no puedan reputarse como celebrados entre partes independientes, en razón de que sus prestaciones y condiciones no se ajustan a las prácticas normales del mercado entre entes independientes.

b) Al importe que se obtenga por aplicación del inc. a se le restará el pasivo...

11) A los mismos fines no se considerarán pasivos: 1) Los aportes o anticipos recibidos a cuenta de futuras integraciones de capital cuando existan compromisos de aportes debidamente documentados o irrevocables de suscripción de acciones, que en ningún caso devenguen intereses o actualizaciones a favor del aportante. 2) Los saldos acreedores del titular, dueño o socios, que provengan de operaciones de cualquier origen o naturaleza, efectuadas en condiciones distintas a las que pudieran pactarse entre partes independientes, teniendo en cuenta las prácticas normales del mercado. 3) En las empresas locales de capital extranjero, los saldos acreedores de personas o grupo de personas del extranjero que participen, directa o indirectamente en su capital, control o dirección, cuando tales saldos tengan origen en actos jurídicos que no puedan reputarse como celebrados entre partes independientes, en razón de que sus prestaciones y condiciones no se ajustan a las prácticas normales del mercado entre entes independientes".

Recordemos que el anterior decreto reglamentario de la ley de impuesto a las ganancias (decr. 2860/78, t.o. 1979) disponía que "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 capital que surjan como consecuencia de tales aportes o anticipos, sean indicados ante las autoridades pertinentes dentro de los ciento ochenta días

§ 29: **ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES.** Sin perjuicio de lo expresado, es del caso resaltar que la comisión redactora (creada por res. MJ 112/02 e integrada por ANAYA, ETCHEVERRY y BERGEL) del Anteproyecto de reforma de la ley de sociedades ha incluido el tratamiento de la figura dentro del articulado general de la ley. Así, el Anteproyecto modifica el art. 190 de la LSC, disponiendo la siguiente redacción: "Los aportes que los accionistas o terceros efectúen a cuenta de futuras emisiones deben ser acompañados por un instrumento que contenga: 1) el nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad del aportante o los datos de individualización y de registro o autorización tratándose de personas jurídicas; 2) la indicación de su calidad de tercero, de accionista de la sociedad o de su controlante o controlada; 3) las características y monto del aporte, individualizándose con precisión los no dinerarios, sin perjuicio de la oportuna aplicación del art. 53; 4) el plazo que se fija para la capitalización, que no puede exceder de tres años. Adquieren el carácter de aportes irrevocables e integran el patrimonio neto de la sociedad desde la resolución del directorio que los acepte como tales. De no reunir todos los requisitos enunciados o no mediar aceptación dentro de los tres meses de efectuado, serán restituidos al aportante. Vencido ese plazo integrará el pasivo y el crédito del aportante será subordinado. Se tendrá como capital nominal al aporte irrevocable sólo para los efectos de las normas que fijan límites o relaciones entre las participaciones y el capital social. El aportante tiene derecho a requerir que la capitalización de su aporte se incluya en el orden del día de las asambleas y hasta el vencimiento del plazo o la restitución de su importe, su crédito será subordinado.

Los préstamos hechos a la sociedad por un accionista, su cónyuge, los parientes por consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado, inclusive, y los afines dentro del segundo

de haberse formalizado el respectivo compromiso de aportes irrevocable de suscripción de acciones". Esto implicaba que, impositivamente, a efectos de que se pueda detraer el monto ajustable, no se admitía que se mantuvieran de modo permanente los aportes sin aumentar el capital legalmente, sino que la asamblea debía haber aceptado y se debían haber iniciado los trámites ante las autoridades pertinentes, dentro del plazo antes señalado. Este decreto fue derogado por decr. 2353/86 y, como consecuencia de ello, han desaparecido las restricciones o condicionantes contenidos en la anterior reglamentación.

o por una sociedad controlante, controlada o vinculada, como asimismo los provenientes de terceros que hayan recibido garantía de alguna de las personas mencionadas en este párrafo, quedan subordinados a todos los otros créditos. Las sumas de estos préstamos que fueron devueltas durante el año que precede a la insolvencia de la sociedad deben ser restituidas por el prestamista".

Al fijar el momento a partir del cual el aporte irrevocable pasa a integrar el patrimonio neto (esto es, el momento en que es aprobado por el directorio) y aquel en que corresponde volver a computarlo como pasivo, el proyecto parte de reconocer que la verdadera naturaleza del instituto es la de auténtico pasivo. Atendiendo a tal naturaleza, opta con buen criterio por modificar su exigibilidad, caracterizándolo como subordinado, protegiendo de tal modo los intereses de los terceros ajenos a la sociedad, sin tener que recurrir a interpretaciones forzadas que lo desnaturalizan.

§ 30. **RÉGIMEN DE LOS APORTES IRREVOCABLES.** - Apoyados sobre el impulso brindado por el proyecto de reforma de la ley de sociedades comentado en el párrafo anterior, la propia Comisión Nacional de Valores y la Inspección General de Justicia han procurado, respectivamente, brindar un marco normativo al tratamiento del instituto de los aportes irrevocables por vía reglamentaria. Dichas reglamentaciones serán las que analizaremos a continuación.

a) **TRATAMIENTO POR LA COMISIÓN NACIONAL DE VALORES.** La res. gral. CNV 466/04 caracteriza al aporte irrevocable como un mecanismo de emergencia que habilita a evitar el procedimiento ordinario del aumento de capital, únicamente cuando medien necesidades de financiamiento inmediato que importen una situación de urgencia justificada que habrá de ser juzgada con carácter restrictivo.

La reglamentación no ingresa en el debate sobre la naturaleza jurídica del instituto, sino que -reconociendo su utilidad práctica en ciertas circunstancias excepcionales- se limita a tratar de poner fin a algunas de las situaciones de abuso que fueron enumeradas en el § 26, punto f. Tal, por ejemplo, la posibilidad de licuar forzosamente las participaciones de los accionistas minoritarios -aun cuando éstos gozaran de medios económicos como para participar del aumento de capital-, mediante el recurso de

limitar el monto del aumento al importe ingresado por vía del aporte irrevocable, permitiendo de ese modo participar de la capitalización sólo al autor del aporte referido.

Ya ha sido discutida (ver § 26, punto f) la posibilidad de evitar tal situación de abuso mediante la aplicación del art. 189 de la LSC (referido al respeto de la proporcionalidad de la tenencia accionaria de cada accionista en la capitalización de reservas y otros fondos especiales inscriptos en el balance), pero lo cierto es que la solución en cuestión ha suscitado posiciones muy controvertidas, criticándose principalmente por permitir que los accionistas no aportantes participen del aporte efectuado por otro. Con todo, y hasta el dictado de la norma en comentario, ésta ha sido la única solución posible a los efectos de evitar la referida licuación forzosa.

Con buen criterio, la normativa dictada por la CNV busca zanjar la discusión existente sobre qué interés correspondía tutelar (si el del minoritario a que no se licúe su participación o el del aportante a obtener la capitalización por el total de los montos ingresados por vía de aportes irrevocables) y en aras de tal propósito resuelve en su art. 3° que "la capitalización de aportes irrevocables no será motivo de restricción al ejercicio de los derechos de preferencia y acrecer de los accionistas".

Tal toma de posición importa un avance significativo en la defensa de los intereses de los accionistas minoritarios, aunque claramente puede provocar un exceso innecesario en la capitalización de la compañía. Téngase presente que si las necesidades urgentes de capital de giro fuesen de cien pesos y esta suma fuese incorporada a la sociedad por vía de un aporte irrevocable efectuado por el accionista mayoritario dueño del 51% del paquete accionario de la empresa, para garantizar el ejercicio del derecho de preferencia de los minoritarios el aumento debería ser efectuado por casi exactamente el doble del monto de dicho aporte; ello incrementaría innecesariamente el capital de la empresa en cien pesos más de lo requerido.

De igual modo, y con la misma finalidad de evitar la existencia de abusos que podrían afectar la transparencia de los mercados de valores, se dispuso lo siguiente.

1) El aporte deberá ser capitalizado en la primera asamblea que se celebre, en un plazo que no podrá exceder de seis meses de la fecha de su aceptación por parte del directorio.

2) Vencido el referido plazo sin que el aporte haya merecido tratamiento asambleario o producido éste, pero mediando un rechazo expreso por parte de la asamblea, cesará la imputación del aporte irrevocable como una cuenta del patrimonio neto para pasar a integrar el pasivo de la emisora en carácter de crédito subordinado.

3) En tal caso, la restitución del dinero al aportante deberá ser resuelta por asamblea extraordinaria y sometida al régimen de oposición de acreedores previsto por el art. 83, inc. 3, de la LSC.

4) La asamblea que resuelva su eventual capitalización deberá detallar el destino dado por la emisora a los fondos provenientes de dicho aporte, justificando circunstanciadamente los motivos de emergencia que no permitieron la realización del trámite respectivo de aumento de capital.

5) Los fondos provenientes del aporte reflejarán su necesaria contrapartida en el rubro caja y bancos, lo que indica que su incorporación sólo podrá ser en dinero efectivo o cheque.

Como se advierte, esta resolución general ha buscado resolver, con un sentido eminentemente pragmático, algunos de los variados inconvenientes planteados como consecuencia de la errónea conceptualización del aporte irrevocable.

b) *LA NORMA DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA.* Por su parte, la Inspección General de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, siguiendo los lineamientos del proyecto de reforma y de la reglamentación dictada por la CNV, dispuso el dictado de la res. gral. IGJ 25/04, por la que se buscó reglamentar también la utilización del instituto del aporte irrevocable.

La norma en cuestión sigue el modelo planteado por la CNV, aunque difiere en algunos aspectos centrales que hacen variar enormemente sus efectos prácticos.

Como punto de partida, se excluye la consideración de la situación de emergencia que conllevaría a la utilización del instituto. Vale decir que la norma no exige como requisito de admisibilidad del aporte irrevocable la existencia de una situación de emergencia que impida recurrir a los mecanismos ordinarios de aumento de capital²⁴.

²⁴ En tal sentido, se menciona en los considerandos de la resolución que "si bien el normal empleo del instituto debiera responder a situaciones de urgencia y necesidad, la existencia de éstas es de difícil ponderación, lo que aconseja excluir

Tampoco se exige al momento de perfeccionarse la capitalización efectiva del aporte, el respeto al derecho de preferencia del resto de los accionistas. De modo tal que no se logra con la reglamentación una adecuada tutela de los intereses de los accionistas minoritarios, pues éstos quedarán siempre expuestos a la utilización discrecional y arbitraria de los aportes irrevocables (pues aquí no media el requisito de necesidad y urgencia para su procedencia) y deberán tolerar la licuación forzosa de sus participaciones, al no poder participar del aumento en igualdad de condiciones por estarles vedado el ejercicio de su derecho de preferencia.

Ante tal estado de situación, vuelve aquí a cobrar valor la aplicación —quizá desvaliosa, pero la única factible— del art. 189 de la LSC a la que ya hicimos referencia.

Por lo demás, como dijimos, la reglamentación de la IGJ continúa con la senda marcada por el proyecto de reforma y por la CNV, y dispone que la capitalización de los aportes deberá efectuarse dentro de los seis meses de efectuados, debiendo —en caso de que ello no se cumpla— pasar a integrar el pasivo con carácter de créditos subordinados, siendo requisito para proceder a su restitución recurrir al régimen de oposición de acreedores previsto por el art. 83, inc. 3, de la LSC.

§ 31. *SOLUCIÓN ANTE LA HIPÓTESIS DE INSOLVENCIA.* — Luego del análisis preliminar efectuado a lo largo de las páginas que anteceden, hemos llegado —al fin— a la instancia de abocarnos a dar respuesta al interrogante planteado de si son verificables por el aportante las sumas entregadas con carácter de aporte irrevocable a la sociedad fallida.

Tal como la anticipamos, advertimos aquí una suerte de prejuicio establecido hondamente en la doctrina nacional, que tiende a hacer perder la objetividad que debe mediar en el estudio de la situación planteada, llegando a distorsionar la natu-

su consideración en cada caso y como requisito de verificación previa a la inscripción del aumento de capital en el Registro Público de Comercio, toda vez que dicha verificación no puede ser efectuada antes de la recepción del aporte por parte de la sociedad y si se la llevara a cabo después de resuelta la capitalización se estaría, en la hipótesis, ante hechos cumplidos y la incorporación, también, ya producida, de los fondos al patrimonio neto de la sociedad, ello con negativa repercusión sobre la estabilidad de la decisión social".

raleza del instituto para intentar crear el sustento jurídico de la solución que se estima justa para lo que, en realidad, no deja de ser una hipótesis patológica.

Efectivamente, según se ha dicho, el análisis de la cuestión sometida a debate suele partir del supuesto de una empresa intencionalmente infracapitalizada, en la que los socios han optado por fondearla con "aportes irrevocables", con la intención de concurrir a verificarlos en el caso de un posterior procedimiento falencial, en lugar de dotarla de capital genuino mediante el respectivo aumento del capital social, por miedo a perder la totalidad de sus aportes en una situación de insolvencia.

En este contexto se ha elaborado la tesis de que el supuesto "aporte irrevocable" es un auténtico aporte de capital y, por ende, aun cuando no se haya perfeccionado el respectivo aumento y no se hayan emitido las correspondientes acciones para el *aportante*, éste lo pierde en su totalidad si el patrimonio social resulta insuficiente para cubrir las pérdidas.

Ya hemos dicho que no compartimos tal criterio, sino que el "aporte irrevocable", en tanto no haya sido capitalizado, constituye un verdadero pasivo que será —en consecuencia— verificable, salvo supuestos excepcionales de infracapitalización intencional con el fin de frustrar derechos de terceros.

En este último caso, la solución no pasará por distorsionar la real naturaleza jurídica de la figura, sino por aplicar los remedios específicos previstos por nuestra ley de sociedades para los supuestos de estrés del ordenamiento jurídico.

De tal modo, entendemos que debería recurrirse a lo dispuesto por el art. 54, párr. 3º, de la LSC, al establecer que "la actuación de la sociedad que constituya un mero recurso para violar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".

El beneficio de la limitación de la responsabilidad es una concesión en favor del empresario, tendiente a fomentar el desarrollo de la actividad productiva.

Este beneficio no importa el otorgamiento de una suerte de patente de corso, sino que su finalidad exclusiva es el fomento de la inversión por medio de una garantía específica que le permita al empresario conocer cuál será el límite hasta el que pon-

drá en riesgo su patrimonio personal en el desarrollo de la nueva actividad.

Sin embargo, cuando el fin perseguido con la concesión de tal beneficio es distorsionado por completo y pasa a ser utilizado como una herramienta para frustrar derechos de terceros, la ficción creada por la ley no debe prosperar, debiéndose allanar la personalidad jurídica diferenciada y buscándose la responsabilidad personal de quien se encuentra oculto tras su fachada.

Ésta, y no otra, es la solución que cabe aplicar al caso concreto bajo análisis, pues de este modo se permitirá respetar la real naturaleza del instituto del aporte irrevocable, al tiempo que se permitirá resguardar los derechos de los terceros que han contratado con la sociedad.

De este modo, el mal llamado "aporte irrevocable" será un pasivo verificable, pero —ante el supuesto de un ejercicio abusivo de la personalidad jurídica del ente— el empresario desleal resultará personalmente responsable hacia los terceros.

En este sentido, resulta interesante resaltar los pronunciamientos de la jurisprudencia estadounidense que en reiteradas ocasiones ha resuelto que la grosera infracapitalización del ente no resulta suficiente para disponer el corrimiento del velo societario, sino que se requiere la acreditación de algunos otros extremos.

Así, en "Van Dorn Co. v. Future Chemical and Oil Corp." se resolvió que también era requisito, para hacer lugar a la inoponibilidad de la persona jurídica, el descuido de las formalidades legales societarias que haga que el mantenimiento de la personalidad jurídica diferenciada no tenga ningún sentido, y que su mantenimiento pueda llegar a promover una solución manifiestamente injusta²⁵.

Por su parte, en "Laya v. Erin Homes Inc." también se ha sostenido que, por más que la sociedad se encuentre infracapitalizada, si el tercero que voluntariamente decidió contratar con ella tuvo la oportunidad efectiva de practicar una investigación razonable de la compañía y no lo hizo, o —pese a haberlo hecho—

²⁵ 753 F2nd 565 (7th Circuit, 1985). "Corporate entity will be disregarded and the veil of limited liability pierced when two requirements are met: First there must be such unity of interest and ownership that the separate personalities of the corporation and the individual [or other corporation] no longer exist; and second, circumstances must be such that adherence to the fiction of separate corporate existence would sanction a fraud or promote injustice".

decidió contratar igualmente, debe presumirse que dicho tercero asumió los riesgos de tal infracapitalización y no puede luego perseguir la responsabilidad personal de los accionistas²⁶.

Por el contrario, cuando no nos encontremos frente a un supuesto de perjuicio intencional hacia terceros, sino ante un caso ordinario de insolvencia de la sociedad, no corresponderá la aplicación de la solución propuesta sino la aceptación de la verificación del crédito del aportante.

En abono de la tesis propiciada, repárese en las consecuencias de la solución contraria.

Olvidémonos por un momento del ejemplo normalmente utilizado, y que ha suscitado los pronunciamientos judiciales que hemos visto en "Palacio del Fumador SRL" (ver § 27, b) y otros precedentes, en el que el aporte irrevocable sujeto a verificación termina siendo efectuado siempre por el socio mayoritario o controlante, o por el propio socio-gerente que —en su doble rol de socio y administrador— efectúa por un lado el aporte y lo acepta por el otro.

Supongamos, en cambio, que quien efectuó el "aporte" fue un accionista minoritario o, incluso, un tercero que nunca pudo llegar a tener ningún tipo de injerencia en la conducción de los negocios de la sociedad. Si jamás se capitalizó el aporte, el aportante nunca obtuvo los derechos políticos necesarios como para imponer su voto en la asamblea o, al menos, alcanzar a hacerse oír e impugnar los actos que consideraba ruinosos para la vida de la sociedad.

Así planteada la cuestión, vemos cómo el análisis cambia sustancialmente, pues el *aportante* deja de aparecer como la figura del abusador de mala fe, para convertirse en una víctima más de una interpretación mal concebida, en la que entonces se

²⁶ 352 SE2nd 93, 97-98 (WVa, 1986). "When, under the circumstances, it would be reasonable for that particular type of a party [those contract creditors capable of protecting themselves] entering into a contract with the corporation, for example, a bank or other lending institution, to conduct an investigation of the credit of the corporation prior to entering into the contract, such party will be charged with the knowledge that a reasonable credit investigation would disclose. If such an investigation would disclose that the corporation is grossly undercapitalized, based upon the nature and the magnitude of the corporate undertaking, such party will be deemed to have assumed the risk of the gross undercapitalization and will not be permitted to pierce the corporate veil".

ve con claridad que no sólo se vería privado de ejercer los derechos políticos que le permitirían cambiar la suerte del ente, sino que también se vería despojado —sin contraprestación alguna— de las sumas suministradas a la sociedad.

Desde esta perspectiva debemos preguntarnos cuál sería la solución justa a aplicar en este caso concreto. Si, acaso, se rechazara la verificación, corresponde entonces que indagemos bajo qué argumentos, pues es innegable que quien pretendió dar legítima asistencia financiera a la sociedad no puede aparecer después como una víctima más del desmanejo del *management* de la compañía.

El intento por tratar de encontrar la respuesta justa a los interrogantes formulados, habrá de conducirnos invariablemente a concluir el carácter de pasivo exigible y verificable del aporte irrevocable.

PARTE II

ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL DEL DEUDOR Y SUS GARANTES