



LexisNexis™
Jurisprudencia Argentina

ISBN 987-1016-42-5 / Buenos Aires / 10 de diciembre 2003 / JA 2003-IV, fascículo n. 11

Director: Alejandro P. F. Tuzio

Derecho concursal
Cuestiones actuales del
régimen de la ley 25589.
(Segunda parte)

Coordinadores:
Francisco Junyent Bas y
Carlos A. Molina Sandoval

número especial

Se trata, entonces, de la prescripción de la acción verificatoria que compete al acreedor. Esta acción es la tutela específica, y el único medio del que puede valerse el acreedor para resguardar sus derechos con relación al concursado al verse privado de la acción individual suspendida por efecto del proceso universal.

Lo que se pretende mediante su planteamiento, encauzable por vías diversas, es un pronunciamiento jurisdiccional que determine la incorporación del verficante al pasivo concursal de modo de poder ejercitar luego los derechos que le asisten como acreedor así reconocido.

En ese orden de ideas es que se conceptualiza a la "acción verificatoria" como una acción incorporativa y legitimante, pues permite acceder al reconocimiento de la pertenencia al pasivo concursal y legitima el ejercicio de un conjunto de derechos asociados a la condición creditoria en los procesos concursales (16).

Obviamente esa acción reconoce como legitimado pasivo únicamente al deudor concursado. Respecto del

fiador o del codeudor solidario al acreedor competen otro tipo de acciones a fin de efectivizar su crédito, las que lógicamente carecen de contenido verificatorio al no ser su legitimado pasivo el deudor insolvente.

Con ello queremos expresar que el fiador y el codeudor solidario no pueden valerse de la prescripción de la acción verificatoria que pudiera haber sucedido con relación al acreedor, pues la acción que a su respecto se ejercerá no es la misma que se declara prescrita en virtud del art. 56 LCQ. Relativo a un mismo derecho (crédito), el legislador puede conferir más de una acción que podrá tener un régimen prescriptivo diferente. Traemos como ejemplo el caso de las acciones cambiantes en sus diferentes clases.

Consecuentemente, aunque prescrita la acción verificatoria los acreedores conservan intactos sus derechos respecto de los fiadores o codeudores, para ser ejercidos dentro de los plazos de prescripción que correspondan según la naturaleza del crédito y la acción respectiva (17).

Situación de los aportes irrevocables ante la empresa en crisis

Por Alejandro M. López Tilli

SUMARIO:

I. Planteo del debate.— II. La naturaleza jurídica del instituto: a) *Oferta irrevocable*; b) *Contrato sujeto a ratificación*; c) *Contrato sujeto a condición*; d) *Compromiso previo de carácter contractual con cláusula de opción*; e) *Sui generis*; f) *Nuestra opinión*.— III. La cuestión en la jurisprudencia.— IV. Tratamiento contable.— V. Solución ante la hipótesis de insolvencia

I. PLANTEO DEL DEBATE

Nos hemos propuesto analizar aquí la situación que enfrentan los llamados aportes irrevocables a cuenta de futura suscripción de acciones ante la empresa en crisis.

Debemos adelantar que numerosos debates se han

planteado en el plano doctrinario y jurisprudencial sosteniendo posiciones muy encontradas, lo que torna aún más interesante el estudio de la cuestión, dadas las disímiles consecuencias a las que se puede arribar según se adopte una u otra postura.

El problema fundamental radica en determinar si quien hizo un "aporte irrevocable" no capitalizado se encuen-

aplicación no sólo en los supuestos legales descriptos por el art. 56 LCQ., sino en todo otro caso —en toda otra acción verificatoria— en el que se esté ejerciendo una pretensión incorporativa y legitimante, cualquiera sea la vía procesal elegida por el respectivo acreedor. Citamos entre ellos: en los pedidos de pronto pago, en el juicio de conocimiento continuado por el acreedor en ejercicio de la opción del art. 21 LCQ., en la rendición de cuentas de los procedimientos de subasta extrajudicial.

(16) Garaguso, Horacio P., ob. cit., p. 104.

(17) Conf. Heredia, Pablo, "Tratado exegético de derecho concursal" cit., p. 272, quien fundamenta tal conclusión en la aplicación analógica de lo establecido por el art. 55 LCQ. en cuanto establece la regla de que el acuerdo homologado no provoca la novación de las obligaciones de los fiadores o codeudores solidarios.

tra facultado para concurrir a verificar el monto del mismo en el proceso falencial de la compañía en la que lo efectuó, o si, por el contrario, en el marco de dicho procedimiento el aportante 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, la mayoría de la doctrina establece 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 sociedad.

Sólo a modo de adelanto habremos de anticipar aquí que para los supuestos de utilización *contra legem* del sistema resultarán de aplicación las normas propias y específicas de las situaciones de *stress* del ordenamiento jurídico, tales como el art. 1071 CCiv. o el art. 54 Ley de Sociedades Comerciales (t.o. 1984, LA 1984-A-46).

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.

Así, entonces, deberemos introducirnos invariablemente en el análisis del instituto bajo examen con el fin de determinar el marco jurídico aplicable al tema.

(1) García Cuerva, Héctor M., "El contrato de suscripción de acciones", 1988, Ed. Depalma, p. 73 y ss.

(2) García Cuerva, Héctor M., "El llamado aporte a cuenta de futuros aumentos de capital en caso de quiebra de la sociedad receptora", en "Negocios parasocietarios", 1999, Ed. Ad-Hoc, p. 152.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL INSTITUTO

La definición de "aporte irrevocable" no responde tanto a una conceptualización jurídica de rigor científico, 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.

Seguidamente se analizarán las distintas caracterizaciones que ha sabido brindar la doctrina, para concluir el capítulo expresando nuestra opinión.

a) Oferta irrevocable

Esta teoría ha sido propiciada principalmente por García Cuerva (1), quien sostiene que el aporte irrevocable es un acto de naturaleza mixta. 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; y por el otro, existiría un acto bilateral y de naturaleza negociada 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 por parte de ésta de tal renuncia.

Según sostiene el autor, la aceptación de la referida renuncia se produciría en forma tácita en el momento en que la sociedad recibe en forma anticipada 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 por 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, y cuya celebración deja librado a la voluntad exclusiva y excluyente de la sociedad, no modifica la afirmación expuesta, sino que se debe interpretar que la recepción citada importa la aceptación de la renuncia ofrecida (2).

A primera vista parece convincente la teoría, pero a poco de 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 ofe-

rente. Respuesta: 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 efectivamente aumente 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 CCiv., que establece que "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 CCiv., toda vez 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 pronunciarse 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 las 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, ¿por qué hemos de suponer que el aportante renunció a su facultad de revo-

car 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?*

Y 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. Ella 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 una relación accesoria y meramente circunstancial que no puede ni deber trascender sus efectos propios hacia terceros.

Sólo adquiere relevancia esta relación cuando los demás socios aceptan al nuevo socio 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.

Entretanto, 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 la

actuado por el órgano de administración al aceptar el aporte irrevocable. Habida cuenta de 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 que 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 hubiera (3).

En otro orden de ideas, cabe aquí efectuar una crítica similar a la teoría de la oferta irrevocable, en cuanto a que si en aquella 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 antes, esta condición meramente potestativa para el deudor (la sociedad) nulifica el negocio jurídico por aplicación de lo dispuesto por el art. 542 CCiv.

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

(3) Vítolo, Daniel R., "Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital: cuestiones doctrinarias y jurisprudenciales", en "Negocios parasocietarios", 1999, Ed. Ad-Hoc, p. 111.

(4) Favier Dubois, Eduardo M. (p), "Apostillas provisionales (a cuenta de futuras investigaciones) al instituto de los aportes irrevocables (a cuenta de futuras emisiones)", en "Negocios parasocietarios", 1999, Ed. Ad-Hoc, p. 80.

d) Compromiso previo de carácter contractual con cláusula de opción

Según esta teoría sostenida por Favier Dubois (4), 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 vamos".

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 ha sostenido el autor que no cabe aquí la aplicación de la nulidad prevista por el art. 542 CCiv., pues ésta 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 permite 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 esta 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 elección 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) Sui generis

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 operativo (5).

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. 1 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 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 demás 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 sene 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 preferencia 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".

(5) Vítolo, Daniel R., "Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital: cuestiones doctrinarias y jurisprudenciales", cit. en nota 3, p. 113.

La génesis del 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 la Ley de Sociedades le confiere.

El mecanismo establecido por dicha norma para efectuar un aumento de capital prevé en los art. 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".

Y 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 art. 197 inc. 2 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 congeniar 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. 2 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.

Corroboramos 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 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 (6).

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 CCom.) (7).

Y aun en el caso 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 (arts. 872 y ss. CCiv.) (8). Con ello habremos de dar respuesta a la única crítica de la que ha sido objeto esta teoría.

III. LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

a) "Zavala Sáenz, Armando v. Radio Familia S.A. s/ordinario" (9).

– *Antecedentes del caso*: 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 emisión.

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 él había efectuado.

Así planteado el debate, el juez de grado entró en el análisis de la figura para determinar su naturaleza jurídica y su 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.

Sostiene, asimismo, 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 CCiv., los cuales admiten la indeterminación del objeto del contrato en cuanto a su cantidad, pero sujeto a que dicha cantidad sea eventualmente determinable por un tercero.

En este 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 fije a esas acciones. Fijación que depende de la asamblea, que puede emitir las a la par o con prima, según potestad que le confiere el art. 202 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 CCiv.; 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 el mismo 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 de la previsión del art. 559 CCom.), y que confiere al prestamista un crédito contra la sociedad.

(10) C. Nac. Com., 26/8/1986, RDCO, 1987, p. 150.

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

– *Comentario*: compartimos el criterio sustentado por el magistrado interviniente en el sentido de conceptualizar al aporte irrevocable como un mero pasivo con opción: (i) para la sociedad, de cancelar su deuda con la dación en pago de acciones de su propio capital social; y (ii) 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 eventual aumento de capital.

b) "Palacio del Fumador S.R.L. s/quiebra s/incidente de verificación por Ríos, José M." (10).

– *Antecedentes del caso*: uno de los socios de la sociedad, quien además desempeñaba el rol de administrador de la misma, 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 préstamos.

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.

– *Comentario*: 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.

(6) Conf. C. Nac. Com., sala C, in re "Palacio del Fumador S.R.L. s/quiebra", 26/8/1986; Doctrina Societaria y Concursal, t. II, p. 203.

(7) Fernández, Raimundo y Gómez Leo, Osvaldo, "Tratado teórico práctico de derecho comercial", t. III-B, 1987, Ed. Depalma, p. 158 y ss. En idéntico sentido, Malagamiga, Carlos, "Tratado elemental de derecho comercial", Primera parte, t. II, 1963, Ed. Tea, p. 304.

(8) Nissen, Ricardo A., "Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones y la protección del aportante", en "Negocios parasocietarios", 1999, Ed. Ad-Hoc, p. 99.

(9) Juzg. Nac. Com., n. 1, Dr. Felipe Cuartero, 18/3/1985, RDCO n. 109, p. 106.

Doctrina

Es que, como lo hemos postulado más arriba, el mal llamado *aporte irrevocable* no deja de ser —en última instancia— una relación crediticia común con opción: (i) para la sociedad, de cancelar su deuda mediante dación en pago de sus propias acciones; y (ii) para el acreedor (“aportante”), de compensar su crédito con la deuda que pudiera eventualmente contraer 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 a través de préstamos personales y no a través de aportes de capital, lo que conllevaría una situación de infracapitalización intencional de la persona jurídica que afectaría seriamente a los terceros contratantes, que venían 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 CCiv. y el art. 54 LSC.

De cualquier manera, dejando de lado la hipótesis de la infracapitalización intencional, adviértase la siguiente circunstancia: 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 el aporte irrevocable reviste el carácter de capital, entonces debe producirse el aumento respectivo y emitirse las correspondientes acciones, lo cual es absolutamente incompatible con el estado fallencial.

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

c) “Santa Lucía S.A. v. Policastro, Marcos J. s/sumario” (11).

— Antecedentes del caso: Santa Lucía S.A. inició de-

manda contra Policastro 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 social.

Policastro 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, Jorge y otro v. Cemedá S.A. s/impugnación de asamblea” (12).

— Antecedentes del caso: los actores, accionistas de la sociedad demandada, habían realizado diversos aportes de fondos a la accionada desde los años 1982 y 1986, ingresándolos algunos como aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital y otros en carácter de préstamos.

El 1/6/1990 se celebra una asamblea extraordinaria en la que se resuelve 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 res-

titución de todos los fondos ingresados a la sociedad e impugnaron la asamblea sobre la base de considerar que la misma 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 de los arts. 206 CCom. y/o 1204 CCiv., pues no había mediado intimación previa por parte de los actores.

Siendo 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.

— Comentario: si bien en base a 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 base para el dictado del pronunciamiento definitivo en el fallo bajo análisis, estimamos en cambio conveniente 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 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 auto-nizada *ab initio* por el propio acreedor.

e) “Shojjet, Mirtha S. v. Silean S.A. y otro s/sumario” (13).

— Antecedentes del caso: 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, del análisis de la misma se desprende que se trata una vez más del supuesto de un accionista que ha ido efectuando aportes en la sociedad y que —habiéndose tomado conocimiento del estado de insolvencia de la misma— acciona para demandar la restitución de lo aportado y aún no capitalizado.

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 Dr. Helios Guerrero (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 cabía 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 les 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 instar la convocatoria de la asamblea; y que dedujo su pretensión luego de haber tomado conocimiento 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

(11) C. Nac. Com., sala B, 25/3/1996 (JA 2000-IV, síntesis), ED 172-103.

(12) C. Civ. y Com. Azul, sala 1ª, 17/10/1997; ED 187-258.

(13) C. Nac. Com., sala E, 15/9/1992.

derivados del que, en definitiva, resultara un mal negocio.

Por su parte, el Dr. Arecha adhirió al voto del Dr. Guerrero aunque dejando sentado que, a su parecer, no cabía 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.

— *Comentario:* 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 Dr. 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 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, Marta E. v. Szyszkowski, Elba H. y otros s/modificación de contrato y rendición de cuentas" (14).

— *Antecedentes del caso:* 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 en el juicio, los cuales integraban por ese entonces el órgano de administración de la sociedad en calidad de gerentes. 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 U\$S 10.000 en carácter de aporte irrevocable de capital, con el compromiso implícito de aumentar el caudal societario en al misma proporción. 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 no lo expone en forma expresa la sentencia, el actor habría demandado por la modificación del contrato social de la sociedad para lograr su incorporación como socio de la misma.

(14) C. Nac. Com., sala A, DSE, t. VI, Ed. Erepar, p. 919.

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 a través de las formalidades legales exigidas convertía al acto por el que se efectuaba el aporte en una sociedad cuyo capital se encontraba totalmente suscrito e integrado en un acto carente de causa y de virtualidad eficiente.

En este sentido, agregó que la ausencia de una decisión social a través 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 S.R.L. para lograr su incorporación como socio.

Apelada la causa al tribunal de alzada, la sala interviniente 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 S.R.L. 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 S.A.) tenían o debían tener cabal conocimiento de ese aporte al giro societario, con el consiguiente compromiso de efectuar los trámites intermedios 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 LSC., el tribunal sostuvo que siendo que los dos únicos socios de la S.R.L. 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.

cable 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.

— *Comentario:* aunque partiendo de reconocer el carácter novedoso de la solución y el mérito de la misma 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 se comete el yerro de la argumentación jurídica.

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

De haberse aplicado la solución adoptada en "Zavala Sáenz v. Radio Familia S.A.", el actor habría 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 S.R.L. en definitiva no deja de ser una sociedad de personas, donde la *afectio societatis* entre las personas físicas integrantes de la misma 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 S.R.L. el contrato social es un contrato *intuitu personae*, 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 S.R.L. que frustraron la expectativa de socio del aportante; solución ésta compatible con la caracterización del aporte como pasivo exigible.

IV. 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 resolución técnica 17 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas ha establecido que: "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 (a través de su órgano de administración) *ad referendum* de la asamblea.

La supuesta aceptación *ad referendum* no es más que 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 a través de 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 con una negativa de la asamblea en cuanto a su capitalización (15) para que se tome indiscutible su exigibilidad por parte del aportante, advirtiéndose de este modo 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: (i) 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 (ii) a la intención de no castigar el balance o el resultado del ejercicio a través de la inclusión de un pasivo.

Sin lugar a dudas esta circunstancia no ha sido tenida en cuenta por la normativa contable.

Por último, es de destacar que la referida normativa contable se ha extendido a los regímenes contables de las sociedades cotizantes a través de las disposiciones de "las normas" de la Comisión Nacional de Valores (16) y del Reglamento de la Bolsa de Comercio

(15) 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 expedirse.

(16) El art. 13 dispone que: "A los efectos de los arts. 31, 70, 203, 205 y 206 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 comprometidos o efectuados por los accionistas, estén o no representados por acciones, ajustados por inflación hasta el 31/8/1995, 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. 6 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, sus 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".

Finalmente, en el anexo I se establece:

"Para las situaciones legisladas en los arts. 31 y 206 ley 19550 (t.o. 1984, LA 1984-A-46) 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,

de Buenos Aires (17); como así también a la actividad bancaria y aseguradora, a través de las circulares y comunicaciones del Banco Central de la República Ar-

gentina (18) y del Reglamento General de la Actividad Aseguradora dictado por la Superintendencia de Seguros de la Nación (19), respectivamente; como así tam-

ajustados por inflación hasta el 31/8/1995, 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'".

(17) El art. 63 (inc. h) del reglamento en relación con la información contable que las sociedades cotizantes deben presentar para su publicación expresa: "...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".

(18) Entre las "circulares" y "comunicaciones" del Banco Central podemos mencionar, con relación al tema que nos ocupa, las siguientes:

BCRA., 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".

BCRA., circular USOL-1, modificada por la comunicación A 2136, 19/8/1993 (LA 1994-B-1983) (ADLA, LIV-A, 342): "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".

BCRA., USOL-comunicación A 2136, 19/8/1993: "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 ley 21526 (ALJA 1977-A-69) (ADLA, XXXVII-A, 121) 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".

BCRA., comunicación A 2136, 19/8/1993: "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".

(19) El Reglamento General de la Actividad Aseguradora contiene una serie de disposiciones que reflejan la previsión y regulación de la figura:

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: I. 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".

Asimismo, en el art. 39, disposición 30.3.2, dispone lo siguiente:

"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 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 originara el déficit en cuestión.

bién ha tenido su influencia en materia de normativa impositiva (20).

V. 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 brindar respuesta al interrogante planteado al comienzo de este trabajo.

Esto es: ¿son verificables por el aportante las sumas entregadas con carácter de aporte irrevocable a la sociedad fallida?

"En el caso de 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".

(20) La Ley de Impuesto a las Ganancias dispone en su art. 95 que:

"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 retraerán 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) Saldos deudores del titular, dueño o socios, que provengan de integraciones pendientes o de operaciones efectuadas en condiciones distintas a las que se 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, 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; (...)

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

"II) A los mismos fines no se considerarán pasivo:

"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 (decreto 2860/1978 [ALJA 1978-B-1391], t.o. 1979, B.O. del 23/8/1979, vigencia 15/12/1978 - 20/2/1987, ADLA XXXVIII-3472) 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 de haberse formalizado el respectivo compromiso de aportes irrevocable de suscripción de acciones". Esto implicaba que impositivamente, a efectos de que se pudiese detraer el monto ajustable, no se admitía que se mantuvieran permanentemente los aportes sin aumentar el capital legalmente, sino que la asamblea los debía haber aceptado y se debían haber indicado los trámites antes las autoridades pertinentes, dentro del plazo antes señalado.

Este decreto fue derogado el 20/2/1987, y como consecuencia de ello han desaparecido las restricciones o condicionantes contenidos en la anterior reglamentación.

Tal como la anticipamos al comienzo, 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 naturaleza 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.

En efecto, 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 *stress* del ordenamiento jurídico.

De tal modo, entendemos que debería recurrirse a lo dispuesto por el art. 54 LSC., párr. 3º, 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 emprendedor 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 a través de una garantía específica que le permita al empresario conocer cuál será el límite hasta el que pondrá 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, 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 podrán 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 comiento del velo societario, sino que se requiere la acreditación de algunos otros extremos. A saber:

Así, en el renombrado caso "*Van Dom Co. v. Future Chemical and Oil Corp.*" (21) se resolvió que también era requisito para hacer lugar a la inoponibilidad de la persona jurídica: (i) el descuido de las formalidades legales societarias que haga que el mantenimiento de la personalidad jurídica diferenciada no tenga ningún sentido; y (ii) que el mantenimiento de la misma pueda llegar a promover una solución manifiestamente injusta.

Por su parte, en "*Laya v. Erin Homes, Inc.*" (22) también se ha sostenido que por más que la sociedad se encuentre infracapitalizada, si el tercero que voluntariamente decidió contratar con la misma tuvo la oportunidad efectiva de practicar una investigación razonable de la compañía y no lo hizo, o pese a haberlo hecho decidió contratar igualmente, debe presumirse que dicho tercero asumió los riesgos de tal infracapitalización y no puede luego perseguir la responsabilidad personal de los accionistas.

(21) "*Van Dom Co. v. Future Chemical and Oil Corp.*", 753 F.2d 565 (7ª Cir. 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.*"

(22) "*Laya v. Erin Homes, Inc.*", 352 S.E.2d 93, 97-98 (W.Va. 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.*"

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 por la mayoría de la doctrina y que ha suscitado los pronunciamientos judiciales que hemos visto en "Palacio del Fumador S.R.L." y otros precedentes, en el que el aporte irrevocable sujeto a verificación termina siempre siendo efectuado 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 inclusive 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 ahora se ve con claudia 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.

¿Cuál sería la solución justa a aplicar en este caso concreto? ¿Permitir la verificación del crédito?

De ser así, ¿bajo qué argumento se autorizaría la verificación?

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

La expropiación en la quiebra: ¿un fenómeno "sin límites"?

Por Juan M. Villoldo

SUMARIO:

I. Introducción. – **II. La expropiación en la quiebra:** a) *La expropiación y el art. 190 LCQ.*: 1. Objetivo de la continuación de la explotación; 2. Continuación bajo la forma de una cooperativa de trabajo; b) *Las consecuencias de la expropiación.* – **III. La expropiación y la quiebra liquidativa. La indemnización sustitutiva y su distribución.** – **IV. La expropiación en la quiebra vista desde la ley 21499.** – **V. Conclusiones**

I. INTRODUCCIÓN

Con la reforma introducida por la ley 25589 (LA 2002-B-1662) a la legislación concursal se ha destapado un fenómeno que a ese momento contaba con algunos precedentes: la explotación de una empresa fallida por sus ex empleados y/o por los acreedores laborales de la fallida, agrupados en una cooperativa de trabajo.

Este fenómeno que comentamos ha sido acompañado por una actitud intervencionista del Estado, consistente en el dictado de una ley a través de la cual se expropian los bienes que componen el patrimonio desapoderado

de la fallida, adjudicándose los mismos a una cooperativa de trabajo.

Las leyes que declaran la utilidad pública de activos concursales constituye un fenómeno creciente en nuestro país. La expropiación de dichos bienes genera una nueva realidad concursal a la cual debe hacerse frente, buscando soluciones jurídicas a las situaciones que la misma plantea.

En este trabajo pretendemos analizar la figura de la expropiación en la quiebra con relación al instituto de la continuación de la explotación. Asimismo, analiza-

mos las consecuencias de la expropiación frente a cada uno de los "actores" que intervienen en una quiebra. Por otra parte, veremos la expropiación en la quiebra desde la óptica de la ley 21499 (ALJA 1977-A-35).

II. LA EXPROPIACIÓN EN LA QUIEBRA

a) *La expropiación y el art. 190 LCQ.*

En este capítulo analizaremos la irrupción de la expropiación en los procesos falenciales. Lamentablemente este instituto hoy es de utilización frecuente ante la quiebra de una empresa, como un mecanismo tendiente al acceso a la propiedad privada por parte de los trabajadores en relación de dependencia y por los acreedores laborales de la fallida, como un intento de salvar su fuente de trabajo, el cual –como veremos– muchas veces sólo se queda en eso: un "intento".

Previo a ello haremos una breve referencia al objetivo del instituto de la continuación de la explotación y a la nueva figura de la continuación por una cooperativa de trabajo.

1.- Objetivo de la continuación de la explotación

Del análisis de los arts. 189 y 191 LCQ, surge que la continuación de la explotación de la empresa fallida es excepcional, y la misma sólo procede cuando se dan algunas de las siguientes situaciones:

– si la interrupción de la actividad pudiera provocar, con evidencia, un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio;

– si de la interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de realización;

– cuando se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse.

Lo reseñado nos permite concluir que el objetivo principal de la mentada continuación es lograr una mejor y más eficiente liquidación de los bienes, al decir de Kleidermacher (1).

La figura en análisis constituye un instituto que responde a un interés general, el cual excede el mero interés de los acreedores ya que involucra la protección de la fuente de trabajo, la continuidad de una empresa generadora de productos y/o servicios para la sociedad en general y de recursos para el Estado.

La finalidad de la continuación de la explotación es enajenar la empresa en marcha de modo de obtener un importe mayor que si se enajenaran los bienes en forma

separada, resultando aplicable ese principio según el cual "El todo es mayor que la suma de sus partes".

Pero ¿qué ocurre si se dicta una ley expropiando los bienes con los que se iba a continuar la explotación? En este caso consideramos que la expropiación excluirá la figura de la quiebra con continuidad, reduciendo el proceso a un caso más de quiebra liquidativa, en el cual se repartirá el importe que ingrese a la masa en concepto de indemnización.

2.- Continuación bajo la forma de una cooperativa de trabajo

A través de un escueto párrafo, el nuevo art. 190 LCQ. (LA 1995-B-1547) –reformado por la ley 25589– establece la posibilidad de que la actividad empresarial de la fallida sea continuada por sus trabajadores o sus ex trabajadores, aunados bajo la forma de una cooperativa de trabajo, siendo el único requisito el siguiente:

– petición de los trabajadores en relación de dependencia que representen las 2/3 partes del personal en actividad; o

– que representen las 2/3 partes de los acreedores laborales.

La modificación al art. 190 nace como consecuencia de la propuesta efectuada por el diputado Iparraguirre de incorporación de un artículo a la LCQ, bajo el número 48 bis. El artículo propuesto supeditaba la continuación de la explotación –por los trabajadores en relación de dependencia o los acreedores laborales bajo la forma de una cooperativa de trabajo– a los siguientes requisitos: "...a) los solicitantes representen por lo menos las dos terceras partes del personal en relación de dependencia o de los acreedores laborales en su caso; b) presenten un programa de administración y saneamiento que garantice la continuidad de la explotación y que la misma no sea deficitaria, en un plazo razonable tendiente a encuadrarse en el marco de las instancias en curso del proceso e incluya una propuesta de cancelación aunque fuera parcial de los créditos existentes, a efectos de buscar un acuerdo con los acreedores si correspondiere; c) objetivamente, sea más conveniente en resguardo del interés social y del interés patrimonial de los acreedores, garantizar la continuidad de la explotación".

A raíz de tal propuesta el diputado Nieto Brizuela propuso agregar los párrafos que luego resultaron incorporados al art. 190. A través del art. 20 ley 25589 se incorporaron tres párrafos al art. 190, siendo la nove-

(1) Kleidermacher Arnoldo, "La nueva continuación de la explotación de la empresa. Emergencia crediticia y reformas al régimen concursal argentino", 2002, Ed. Ad-Hoc, ps. 131/142.