

## El aporte irrevocable como problema

Por:  
**Pablo Augusto Van Thienen**  
Director

### **Colaboradores**

Iván Di Chiazza

Florencia Paolini de Vidal

Miguel La Vista

### INDICE

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA. ....	3
II. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DEL AI. METODOLOGÍA DE REFLEXIÓN PROPUESTA	4
III. EL AIC COMO TÍPICO NEGOCIO DE GRUPO. ....	4
IV. EL PARADIGMA IMPERATIVO: <i>¿qué hacemos con el AIC creado por la IGJ?</i> .....	4
<i>A. Su régimen de capitalización. ....</i>	5
<i>B. El tratamiento de los ajustes contables. ....</i>	11
<i>C. La devolución de los AIC. ....</i>	13
<i>D. La absorción de pérdidas contables. ....</i>	14
<i>E. Situaciones generales y convenio de aportes. ....</i>	15
<i>F. Eventuales contingencias impositivas. ....</i>	16
V. EL APORTE IRREVOCABLE CONVERTIBLE .....	18
VI. FINAL .....	19

*“En cierta ocasión, trabajando con un grupo de colaboradores sobre un problema difícil, se le oyó musitar a Niels Bohr:” ...Magnífico! Hemos topado con una paradoja. Ahora sí que podemos tener esperanza de progresar”<sup>1</sup>.*

### I. Introducción al problema.

El contrato de aporte irrevocable a cuenta de futura suscripción de acciones reglamentado en la Resolución General 7/05 de la Inspección General de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires presenta el siguiente problema: nos enfrenta a un paradigma.

Medio año de vigencia de este nuevo tipo contractual nos ha servido para recoger alguna siembra: estamos sumergidos en una profunda confusión y cuando no, varados frente a vacíos, lagunas, imprecisiones y excesos de este dispositivo reglamentario.

Según el profesor Liebnitz, los matemáticos entienden por problema las cuestiones que dejan en blanco una parte de la proposición problemática. Si consideramos como proposición problemática al nuevo modelo contractual de aporte irrevocable de la RG 7/05 observamos que ésta ha dejado demasiados blancos que deben ser develados por el intérprete.

El exceso de reglamentarismo contractual genera dos efectos queridos por el regulador: (i) desalentar el uso del negocio jurídico y, (ii) generar confusión en los usuarios a partir de la proliferación de las más variopintas interpretaciones jurídicas, contables e impositivas, muchas veces contradictorias. Vale decir, las Normas de la IGJ no nos enfrentan a una situación paradójica parecida a la del científico Bohr (que le permitiría crecer, desarrollar nuevas ideas teniendo esperanza en el futuro) sino que nos hallamos frente a una

cosa muy distinta: estamos parados ante un paradigma imperativo donde el negocio ha quedado por completo a merced de la autoridad de contralor.<sup>2</sup>

Como si ello fuera poco se suman las normas reglamentarias del Banco Central de la República Argentina y los decretos del Poder Ejecutivo Nacional regulando el ‘*encaje*’<sup>3</sup> que, al combinarse con las Normas de la IGJ genera un cóctel indigerible.

En efecto, el BCRA introdujo exigencias exorbitantes para evitar el remanido ‘*encaje*’ dando muestra acabada de un supino desconocimiento sobre este complejo negocio jurídico, desde luego, bajo el paraguas justificante de una pomposa regulación del régimen de inversiones extranjeras.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Paradoja: del griego *parádoxa*, plural neutro del *parádoxos*: ‘contrario a la opinión común’ y derivado de *doxa* ‘opinión’ con *pará* ‘al lado de, fuera de’. Se trata de la combinación de dos ideas que se contradicen entre sí. Una paradoja es una oportunidad para profundizar en nuestras ideas y concepciones, ya que pone de manifiesto que hay algo en las premisas que damos por perfectamente buenas que no hemos llegado a entender correctamente.

<sup>3</sup> Decreto PEN 616/2005

<sup>4</sup> Si la sociedad local recibe hoy en día AIC de un aportante extranjero deberá tomar una serie de medidas a fin de evitar el *encaje* del 30 % del mismo. Dicho *encaje* será un depósito constituido en un banco del sistema financiero local, bajo las siguientes modalidades: i) nominativo, no transferible, no remunerado, por un plazo no inferior a 365 días, en dólares y no puede ser utilizado como garantía en operaciones de crédito. La excepción central al régimen es el ingreso de divisas en concepto de aportes realizados por no residentes en empresas de inversión directa del país y conforme al BCRA dicha inversión directa se configura toda vez que fuere realizado por quien tuviere (o adquiriere), al menos, el 10 % de las acciones o del total de votos.

Ahora bien, a partir de la Comunicación A 4447 del BCRA, para que dicha excepción aplique es imprescindible probar el inicio del trámite de aumento de capital. Asimismo, la Comunicación A 4554 establece un plazo de 190 días corridos desde el inicio del trámite en la IGJ para informar la culminación del trámite. Cuando no se concrete la capitalización definitiva otorga diez días hábiles para la constitución del depósito los que se

<sup>1</sup> Niels Bohr, físico danés. Premio Nóbel de física 1922. (1885-1962)

Observamos como dato empírico que el paradigma imperativo ha generado en nuestro entorno (porteño) opiniones que aseveran prohibiciones (donde no las hay), restricciones a la autonomía contractual (sin saber muy bien porqué), restan flexibilidad al negocio (por temor reverencial) o bien, advierten sobre importantes contingencias impositivas (de baja o quizás nula probabilidad de ocurrencia), todo lo cual atenta contra la coherencia y cordura de quien debe, más o menos a diario, lidiar razonablemente con los aportes irrevocables.

Entonces el problema del aporte irrevocable es: el paradigma imperativo.

¿Qué significa esto? Que desde el Estado (a través de la IGJ) se busca reducir a la mínima expresión posible la libertad de convenciones sustituyendo el artículo 1197 del código civil por un modelo de conductismo contractual de neto corte administrativo.

Este modelo genera el siguiente coste transaccional: tener que dedicarle demasiado tiempo a interpretar los vacíos, las lagunas, los excesos y las contradicciones reglamentarias, cargando el intérprete con la difícil tarea de sondear algo tan vago, oscuro e inasible como es "... el espíritu del legislador ..." que no es otra cosa que buscar una respuesta al siguiente interrogante: ¿qué quiso decir?

## II. Aproximación al problema del AI. Metodología de reflexión propuesta.

*H*asta aquí hemos detectado el problema. Ahora bien, hay dos formas de

---

cuentan: i) desde la no aceptación del aporte, y ii) desde los 180 días desde el inicio del trámite de capitalización, lo que ocurra primero. Finalmente, en caso de haber vencido los plazos anteriormente citados, concede diez días hábiles a partir del dictado de la resolución (4.8.06) para dar nuevo impulso al trámite o en su defecto efectuar la constitución del depósito.

enunciarlo: de una manera declarativa o en su caso, bajo forma interrogativa. Este último método de exposición del "problema" ha merecido reparos por alguna opinión científica, puesto que cuando un problema se convierte en objeto de investigación su enunciado debe ser, siempre, declarativo.

Nos explicamos: si el problema consistiera en que "perdí mi lápiz" (la proposición problemática), uno no dice ¿perdí mi lápiz?; si quiero cruzar la calle, no digo ¿quiero cruzar la calle?; pero sucede que el problema paradigmático del nuevo contrato de AIC nos lleva de un tirón a formularnos demasiadas preguntas: ¿será ilícito emitir acciones liberadas por capitalización del AIC?, ¿estará prohibido devolver al aportante los ajustes al AIC?, ¿estará la sociedad facultada a suspender el derecho de preferencia para permitir la capitalización del AIC?, ¿podría pactarse en el convenio?, ¿tiene el directorio capacidad de derecho para pactar la prima de emisión?, entre muchos otros interrogantes derivados del paradigma planteado.

Es precisamente por el modelo impuesto que abordaremos la investigación del "problema" bajo el método interrogativo. Las preguntas serán agrupadas atendiendo a cada uno de los problemas procurando una mixtura entre teoría y realidad como opción atractiva a fin de brindar respuestas eficaces.

## III. El AIC como típico negocio de grupo.

*N*o desconocemos que estamos parados ante un auténtico negocio jurídico de grupo donde las partes involucradas suelen ser la sociedad aportada y sus socios controlantes. Tampoco ignoramos que los miembros integrantes del órgano de administración (órgano competente para suscribir el contrato de AIC "*ad referendum*") suelen ser personas estrechamente vinculadas a los propietarios del control; si es que no son, en muchos casos, la misma persona.

La patología grupal de este negocio encierra, en sí mismo, un problema. Éste será

debatido en otra oportunidad.

#### IV.

### **El paradigma imperativo: ¿qué hacemos con el aporte irrevocable a cuenta de futura suscripción de acciones creado por la IGJ?**

#### **A. Su régimen de capitalización.**

##### ***1.- ¿Se aumenta el capital social mediante el régimen de oferta - suscripción?, ¿se pueden emitir acciones liberadas?***

Aunque el art. 95 de las Normas no aclara este punto explícitamente (el primer blanco de la proposición problemática), es interpretación del organismo de control que el único expediente jurídicamente válido a fin de aumentar el capital social por capitalización de los AIC deba ser la oferta a los accionistas para suscribir acciones conforme artículo 188 debiendo la sociedad conferir el plazo de ley para el ejercicio del derecho de opción del 194 de la LSC. O sea, para la IGJ la capitalización del AIC debe llevar adicionado una cifra de capital equivalente a los derechos de suscripción de los minoritarios que no efectuaron el AIC oportunamente. Bajo esta modalidad quedaría vedada la capitalización nominal del AIC mediante emisión de acciones liberadas conforme lo autoriza el artículo 189 LSC para la capitalización de reservas patrimoniales. Incluso podría llegar a interpretarse que el camino del art. 189 quedaría aún cerrado para el supuesto de AIC realizado a prorrata por todos los accionistas.

No creemos que el régimen de oferta -suscripción deba ser el único expediente jurídico habilitado para capitalizar un AIC pues: (i) si la IGJ considera "reserva" de capital a la cuenta ajuste de capital (*vid.*, art. 98.I de las Normas); con igual razón pueden los accionistas, el aportante y la sociedad considerar "reserva" de capital un aporte anticipado, (ii) la emisión de

acciones liberadas permite respetar las proporciones del capital entre socios aportantes y no aportantes, (iii) la emisión de acciones liberadas evita diluciones de participaciones accionarias, minimizando contingencias por potenciales conflictos societarios.

¿Quién paga los platos rotos de esta propuesta?

La porción del AIC capitalizado a favor de los socios no aportantes podría convertirse en: (a) crédito de los socios aportantes contra la sociedad en los términos y condiciones de subordinación de las Normas; (b) pasivo de los socios no aportantes ó; (c) ambas. Mientras en la propuesta (a) el pasivo es social, en la propuesta (b) el pasivo es de los socios no aportantes. La forma, modo y condiciones de financiación del pago del saldo del aporte no capitalizado entra dentro del marco de la autonomía negocial.

La emisión de acciones liberadas podría resultar de: (i) pacto expreso en el contrato de AIC ó, (ii) aprobación por asamblea que resuelve su capitalización.

Si bien es práctica inveterada en nuestro medio mercantil que los AIC se capitalicen bajo el mecanismo jurídico propuesto por la IGJ; no podemos dejar de advertir que esta posibilidad no está exenta de potenciales nulidades (art. 251) o de eventuales acciones de responsabilidad contra directores y síndicos (arts. 59, 274 y 279).

El AIC y su consecuente capitalización implica -en alguna medida- alterar el principio de paridad de trato entre todos los dueños del patrimonio. Aportar capital de riesgo en distintos momentos puede distorsionar este principio. Incluso puede alterar el entorno de "riesgo" para decidir hacer la inversión. El régimen de oferta para la suscripción de acciones previsto en el art. 188 de la LSC parte de esta premisa básica y elemental: respetar la igualdad de condiciones (económicas, financieras y personales) de todo el elenco de accionistas al momento de hacer el llamado a la suscripción del nuevo capital, igualdad que, en el negocio de AIC puede quebrarse seriamente. Incluso la situación patrimonial y financiera de la sociedad pudo haber cambiado sustancialmente durante el plazo de pendencia del AIC. La urgencia

por la obtención de los fondos no resulta un argumento serio y, mucho menos, creíble.

### ***2.- ¿Qué contingencia encierra la oferta - suscripción en relación con el quíntuplo estatutario y la necesaria capitalización de la cuenta ajuste integral de capital?***

El mecanismo de oferta - suscripción impone la reexpresión (en moneda constante) del valor nominal estatutario del capital social mediante el procedimiento de aumento de capital por capitalización de la cuenta ajuste integral de capital. Esta obligación surge clara del artículo 98.I de las Normas que remite expresamente al artículo 96. V. Este último refiere al aumento de capital por capitalización de AIC. Quiere decir que para el ente de control la capitalización de los AIC califican como un aumento "efectivo" de capital siendo necesario poner en marcha el mecanismo de oferta - suscripción del art. 188 y 194.

La contingencia que vemos en la implementación del sistema de oferta - suscripción es que podría generar en el socio minoritario la racional expectativa de ejercer el derecho de receso (art. 245) bajo el argumento de que la capitalización de la cuenta ajuste integral de capital y consecuente emisión de acciones liberadas (art. 189) implica: (i) "agotamiento" del quíntuplo estatutario, y que la capitalización del AIC implica: (ii) desembolso.

Si bien el artículo 98.I in fine de las Normas destaca que "*el aumento efectivo de capital social debe tener como base la cifra del capital reexpresado ...*", lo cierto es que esa reexpresión de la cifra estatutaria del capital debe llevarse a cabo a través de un mecanismo jurídico expresamente ordenado por la IGJ y absolutamente extraño a la LSC: (i) capitalización de la cuenta ajuste integral de capital y, (ii) emisión de acciones liberadas<sup>5</sup>. Vale decir que para el ente de control esta

cuenta del balance califica jurídica y contablemente como una reserva de capital (art. 63).

Por lo tanto, si la capitalización de esta cuenta implica agotamiento del quíntuplo en sentido jurídico (art. 188) y, la capitalización del AIC implica un efectivo aumento de capital con desembolso para el socio minoritario (art. 194), el derecho de receso estará al alcance de la mano pues el aumento de capital será competencia de una asamblea extraordinaria (arts. 235 y 245). El antecedente "*Tchomlekdjoglou c. Stemos SA*" es un ejemplo de que la contingencia por receso tiene una alta probabilidad de ocurrencia. ¿Se tomará el AIC para calcular el valor patrimonial de las acciones recedentes? El caso "*Molinos Balatón*" es un antecedente a tener muy en cuenta.

### ***3.- ¿Tiene el directorio competencia para pactar el precio de suscripción de las acciones, o en su defecto la fórmula de cálculo para determinar la prima?***

El artículo 96.V.1.c de las Normas dispone que el contrato de AIC debe prever, entre otros ítems, lo siguiente: "*... si las acciones se emitirán con o sin prima de emisión, determinándose en caso afirmativo el valor de la prima, o en su defecto, el mecanismo de determinación de la misma...*".

Según el artículo 202 de la LSC los dueños del capital son los únicos habilitados para fijar la prima de emisión en asamblea. En sociedades cerradas el órgano de administración tiene facultades muy escuetas: sólo puede ofrecer las acciones al precio de suscripción mandado por los socios. O sea, el único órgano societario competente para fijar el precio de suscripción (valor nominal + prima de emisión) es la asamblea de accionistas con carácter de extraordinaria.

¿Puede el directorio pactar con el aportante el mecanismo de determinación de la prima?, ¿puede el directorio acordar la fórmula o método de valuación de las acciones a emitir como consecuencia de la capitalización del AIC?, ¿corresponderá aplicar el método de VPP, o el método de flujo de fondos proyectados descontados a valor presente?, ¿se considerarán las marcas y otros intangibles?, ¿cuál será la tasa de descuento

<sup>5</sup> Vid., VAN THIENEN, Pablo A. "*¿Capitalización del capital social?*" Rev. EL DERECHO, 12 de diciembre 2002.

aplicada para descontar los flujos futuros?

Pactar con el aportante el método de valuación implica un serio y fuerte condicionamiento para la asamblea a la hora de decidir fijar la prima. No podemos desconocer que el precio de suscripción de las futuras acciones variará según el método elegido para valuar inversiones y, tampoco podemos perder de vista que el resultado final de esa valuación (que será el precio) surge, entre otras cosas, de la tasa de descuento elegida para obtener el valor actual neto de esa inversión. Es decir, el método de valuación pactado tendrá por resultado inevitable fijar el precio de suscripción y por ende, la exacta relación de canje entre monto aportado y cantidad de acciones a entregar al aportante.<sup>6</sup>

A la luz del art. 202 de la LSC el precio de suscripción de las acciones a emitir por capitalización de un AIC corresponde a la asamblea extraordinaria de accionistas. Por lo tanto, le estaría vedado al directorio pactar en el convenio: (i) si las acciones se emitirán a la par o con prima, (ii) el valor de la prima y, (iii) la fórmula o método de cálculo para la fijación de la prima.

Aún cuando el directorio pacte con el aportante el método de cálculo para fijar la prima, este compromiso será sólo "*ad referendum*" de la asamblea. Hasta aquí no habría mayor inconveniente teniendo en cuenta que estamos ante un clásico negocio de grupo donde

---

<sup>6</sup> Esto es fácil de comprender: si el monto del aporte es de \$1.000,00 el capital social emitido y en circulación está representado en acciones de \$1,00 valor nominal y el precio por acción calculado según método del VPP es \$2,00 y, conforme el método de flujo de fondos descontados a valor presente arroja un valor por acción de \$10,00 (tomando como tasa de descuento la tasa libre de riesgo del bono del tesoro americano a 30 años + 4 puntos básicos) tendremos que la prima de emisión en el primer supuesto será \$1,00 y en el segundo será \$9,00. Por lo tanto, pactar el método de valuación no es otra cosa que pactar la prima.

los controlantes (accionistas y directores) deciden a puertas cerradas las condiciones de capitalización. Ahora bien, ¿qué sucede si la asamblea contradice lo pactado en el contrato eligiendo un método de valuación diferente al pactado por el directorio?

Si la consecuencia de este cambio es la inmediata devolución del aporte (ver art. 96.1.g) entonces no estamos ante un aporte irrevocable "*ad referendum*" sino bajo un contrato en firme donde el cambio de condiciones implica incumplimiento contractual. Los socios están forzados a aceptar las condiciones de suscripción pactadas por el directorio. De esta forma el modelo imperativo de la IGJ pretende que el directorio exceda sus facultades legales transformando al órgano de gobierno en un perro faldero.

Autorizar al directorio a pactar el método de valuación es un modo indirecto de delegarle la fijación de la prima de emisión de acciones cuando está claro que la LSC veda expresamente esta facultad en sociedades no cotizadas (art. 202). En este caso el directorio estaría obrando con abuso de facultades, violando la ley y la pauta de conducta diligente del buen hombre de negocios (art. 59 y 274, 1º apartado). En nuestra opinión las Normas de la IGJ exorbitan la LSC.

#### **4.- ¿Podría la capitalización del AIC ser objeto de impugnación societaria?**

Como cualquier otro aumento de capital (real o nominal) la capitalización del AIC puede ser objeto de ataque si se realiza en violación de la ley, el estatuto o reglamento (art. 251). La capitalización del AIC a la par o con prima puede motivar impugnaciones societarias aún cuando el artículo 202 expresamente dispone que la emisión por encima de la par es facultad de la asamblea: "*la asamblea podrá ...*".

A pesar de la claridad de este dispositivo (y que tiene que ver con la noción que se conserva en nuestro entorno doctrinario de que la prima de emisión es un sobreprecio para los viejos accionistas, razón por la cual resulta necesario fijarla por asamblea con carácter de extraordinaria) existen antecedentes jurisprudenciales que están admitiendo la impugnación de aumentos de capital

cuando la diferencia entre el valor nominal de la acción y su valor patrimonial es significativa. Incluso se está abriendo camino desde hace un tiempo entre nosotros la tesis de la impugnación por “prima insuficiente” pudiendo los tribunales intrometerse en el aumento de capital haciendo un ‘juicio de oportunidad o mérito’, o un ‘test de razonabilidad’ del precio de suscripción.

La emisión de acciones por capitalización de un AIC a la par o con prima no está exenta de estos riesgos, contingencia que podría agravarse si la prima es fijada por el órgano de administración, tal como lo sugiere la IGJ.

### ***5.- ¿Necesidad de capitalizar el aporte con el voto unánime del capital en circulación?***

Atento las potenciales contingencias que encierra la realización de aportes anticipados de capital parece aconsejable rodear la operación de las máximas garantías. Lo cierto es que ningún tercero (externo al grupo de control) en su sano juicio aportará de manera anticipada capital de riesgo si las condiciones de emisión de las acciones a emitir pueden ser modificadas por la asamblea o, aún respetando lo pactado, una minoría impugne el aumento. La integración anticipada más la contingencia de potencial impugnación societaria fuerza obtener el <consentimiento> de todo el capital social con derecho a voto (y sin derecho) exigiendo unanimidad en la asamblea. De esta forma aportante y sociedad logran afianzar el negocio jurídico reduciendo las previsiones por riesgo de impugnación.

Está claro que la capitalización de un AIC respetando los términos contractuales no lo exime de potenciales nulidades societarias.

### ***6.- ¿Implica la nulidad del aumento restitución del AIC en los términos de las Normas?***

No estamos ante un supuesto de restitución del AIC por incumplimiento

contractual, sino, frente a una reducción de capital por nulidad asamblearia.

***7.- El AIC se capitaliza en condiciones diferentes a las pactadas en el contrato: ¿cómo opera la restitución?, ¿con cargo a capital social?, ¿con cargo a ganancias líquidas y realizadas o reservas libres?, ¿se trata de una reducción voluntaria en los términos del artículo 204 LSC o de una reducción obligatoria con fundamento en la doctrina del derecho de receso?, ¿implica una operación de aumento y reducción de capital simultáneo?, ¿capitalización y simultáneo aumento del pasivo exigible por el monto del aporte capitalizado?, ¿opera la subordinación y régimen de oposición de acreedores?***

Remitimos al lector al punto C de esta ponencia.

Es difícil proyectar esta situación cuando somos concientes de que estamos parados ante un negocio jurídico típicamente grupal. La baja probabilidad de que esta contingencia ocurra la convierte en una hipótesis de trabajo académico. No obstante, creemos interesante traerlo aquí por las aristas complejas que encierra la devolución del AIC capitalizado.

En esta etapa final del negocio jurídico (la capitalización) no estaríamos en rigor ante la devolución de un aporte irrevocable sino, frente a otra cosa bastante distinta: el rescate por la sociedad de las acciones emitidas a nombre del aportante. O sea, el AIC se encuentra capitalizado mutando su naturaleza jurídica y patrimonial (pasó de la cuenta AIC a la cuenta capital social). Siendo esto así, no puede haber restitución de lo que ya no es.

La Norma nos plantea la siguiente inquietud: (i) ¿estamos ante un supuesto de “rescate de acciones” por incumplimiento contractual? o; (ii) ¿estamos ante un supuesto de restitución de AIC sin alteración del capital social? Veamos:

La opción (i) implica incrementar el pasivo exigible en directa proporción al monto del aporte restituído ya que el neto patrimonial se verá reducido en una porción igual al pasivo exigible incrementado. Al no ingresar un activo como contrapartida de la obligación de restituir (pasivo) el patrimonio neto se ve resentido por esa nueva obligación. La restitución termina generando un quebranto contable por un monto igual al valor del (ex) AIC.

Una forma de compensar el efecto negativo señalado podría ser imputando la restitución del aporte con cargo a reservas libres o ganancias líquidas y realizadas. De esta manera se produce un efecto compensación entre cuentas del pasivo: pasivo retenido contra pasivo exigible.

La restitución del aporte sin contrapartida en el activo generará -necesariamente- una pérdida patrimonial. Esta situación podría exponer a los directores al riesgo de responder por eventual responsabilidad civil por mala gestión empresarial (arts. 59, 274 y 275).

La opción (ii) no sólo permite al aportante conservar las acciones suscriptas por capitalización del AIC manteniendo inalterada su participación en el patrimonio sino; además, gozar del beneficio de ver recuperado su aporte sin disminución de la tenencia. Estaríamos ante un supuesto de restitución de capital con cargo a reservas sin rescate de acciones. Negocio jurídico atípico, más no ilícito.

Si elegimos restituir el AIC mediante la opción de rescate (o sea, la opción (i)) debemos descifrar si ese rescate será con cargo a capital (en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de reducción) o, con cargo a ganancias líquidas y realizadas o reservas libres (en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de adquisición de acciones propias o autocartera).

El negocio de autocartera (art. 220.2) no goza en nuestro medio de mucha simpatía y quienes han intentado explicarlo, parten de una interpretación severa y restrictiva del art. 220.2 pues estaría en juego el orden público societario:

la sociedad sólo puede adquirir sus propias acciones (excepcionalmente) bajo los supuestos expresamente previstos y no otros. Por lo tanto, la autocartera para restituir un (ex) AIC podría ser atacada de nulidad (art. 251). El profesor OTAEGUI califica dicha nulidad de absoluta. Nos permitimos discrepar respetuosamente con esta postura.

Resta analizar la restitución con cargo a capital; o sea, reducción del capital social. ¿Reducción voluntaria? Si fuera reducción voluntaria el régimen no variaría respecto de la restitución de un AIC en cuanto al régimen de oposición de acreedores (art. 204, 220.1 y 235.3).

Si bien la restitución del (ex) AIC con cargo a capital parece encajar, llegamos al mismo resultado si la restitución se financia con cargo a ganancias líquidas y realizadas o reservas libres; en cuyo caso la sociedad aportada adquiere las acciones del aportante para enajenarlas dentro del plazo de un año.

Uno u otro camino está abierto. La elección dependerá de las eventuales contingencias que ellas encierren.

### ***8.- ¿Es ilícito constituir con el AIC una reserva patrimonial evitando su capitalización en el plazo de 180 días?***

La RG 7/05 no prohíbe expresamente este proceder. No faltará quien rebata esta afirmación argumentando que el hecho de que no se encuentre prohibido expresamente no significa que la IGJ lo permita. A este argumento respondemos: cuando la IGJ ha querido prohibir un negocio jurídico lo ha dicho en forma clara y expresa: vrg., la operación acordeón.

Aún cuando este argumento resulte anímico nos paramos encima del art. 19 de nuestra Carta Magna que consagra el principio de reserva en defensa de la libertad (noción alberdiana bastante mal trecha en estos tiempos).

Vale la pena recordar en este punto la sana doctrina sentada en el caso "*Almeida c. Sadela SA*": "...si bien siguiendo las reglas estrictas de la lógica el hecho de que algo no está prohibido no significa

*necesariamente que esté permitido, en el terreno de lo jurídico y en particular cuando se trata de una norma que integra un ordenamiento que se presume coherente dicha conclusión no puede ser mantenida. En primer lugar porque de acuerdo con la Constitución Nacional "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe -art. 19- adoptando así el llamado principio de reserva conforme con el cual todo lo que no está prohibido está permitido y mediante él se otorga a los particulares un amplio margen de libertad para el desenvolvimiento de sus actividades."*

Si bien este principio encuentra su contrapeso en el art. 14 de la CN, debemos formularnos algunas preguntas para poder descubrir si la formación de una reserva especial con cargo a AIC violenta la LSC (o en su defecto las Normas de la IGJ) poniendo coto a esa libertad convencional.

La primera pregunta sería: ¿resulta alguien perjudicado?, ¿vulnera la sociedad derechos adquiridos o en expectativa de sus acreedores?, ¿viola las Normas?, ¿cuál es el interés tutelado con la capitalización? Las respuestas a estos interrogantes son esenciales para descubrir la validez de formar una reserva especial con AIC sorteando de esta forma su forzosa capitalización con las consecuencias ya analizadas.

Está claro que la formación de una reserva con cargo a AIC no vulnera derechos de accionistas, sociedad, aportante y terceros por la sencilla razón de que patrimonialmente nada cambia. Se trata de un simple movimiento de cuentas contables de modo que la situación patrimonial del ente continua siendo la misma aún cuando los AIC se capitalizaran.

Constituir una reserva especial con cargo a AIC tiene el siguiente efecto: su eventual restitución será a prorrata entre los accionistas. No obstante, opinamos que la sociedad podría formar esta reserva con el único objeto de convertirla en capital en un futuro.

Vale decir que si los AIC fueran devueltos desde luego que sería a favor

exclusivo del aportante; en cambio, si se pretendiera desafectar la reserva especial formada con cargo a AIC su restitución debería ser -salvo pacto en contrario- a favor de todos los accionistas a prorrata.

Cuando la sociedad toma la decisión de constituir una reserva especial con aportes, éstos dejan de calificar jurídicamente como tales para novar en una reserva especial sujeta al régimen de estas reservas: contractuales, estatutarias o voluntarias (art. 63).

La constitución de una reserva con cargo a AIC es una salida posible toda vez que capitalizar o devolver el AIC se convierte en un dilema para la sociedad.

El racional económico, jurídico y contable de esta alternativa consiste en que la mutación del AIC en reserva no afecta el patrimonio social, nadie puede considerarse afectado (siempre y cuando, desde luego, el aportante hubiere aceptado transformar su aporte en reserva) a los acreedores sociales les resulta indiferente y a los accionistas no aportantes, la decisión los favorece.

La eficacia de esta propuesta dependerá del coste de oportunidad de restituir o capitalizar el aporte.

***9.- ¿Es legítimo que una sociedad decida de manera unánime mantener los aportes irrevocables (como tales) sin capitalizarlos (ni devolverlos) más allá del perentorio plazo de 180 días, por razones de su propia conveniencia jurídica, financiera u organizativa y contando al efecto con el consentimiento del aportante?***

Desde el punto de vista del derecho intrasocietario si existe unanimidad no habría razón suficiente para impedir el mantenimiento del AIC. Desde el punto de vista de los acreedores sociales, es indiferente que el AIC sea mantenga como tal o se lo capitalice. Vale decir, tanto para la sociedad, accionistas o acreedores sociales, mantener el AIC bajo este rubro o bajo la cuenta capital es indiferente.

No obstante, en una opinión vinculante

emitida por la IGJ en ocasión de ser consultada sobre este tema rechazó tal posibilidad, alegando la IGJ que: i) "...la existencia de un plazo breve y concreto para la capitalización de los aportes irrevocables, responde a la necesidad de que ellos se incorporen de manera efectiva al giro empresario lo antes posible..." y ii) "...la necesidad de que los fondos suministrados en concepto de "aportes irrevocables" sean capitalizados a la mayor brevedad y no permanezcan como tales en el patrimonio neto por un largo período de tiempo, trasciende los intereses de la sociedad y se proyectan hacia los terceros acreedores del ente, pues la inmediata capitalización de los desembolsos dinerarios efectuados a la entidad con la cual se han vinculado, redundará en su exclusivo beneficio, atento la evidente función de garantía que cumple el capital social..."

Las razones expuestas por el ente de control administrativo carecen de suficiente peso argumental y son meras exposiciones de principios con una fuerte dosis de dogmatismo jurídico. ¿Se puede dudar que los aportes (de capital o a cuenta de) se incorporan al giro empresario desde el momento mismo en que el aportante libra el cheque a la orden de la sociedad aportada?, ¿se puede afirmar que la garantía de los acreedores la constituye el capital social cuando en realidad lo es (con suerte y con esmero) el patrimonio neto del cual forman parte, precisamente los AIC?

Los argumentos vertidos para negar la posibilidad a que una compañía de manera unánime decida no capitalizar los AIC en el preteritorio plazo de 180 días carecen del suficiente sustento jurídico, económico, contable y financiero como para soportar un eventual embate judicial a dicha postura. El aporte irrevocable ingresa al giro social de la misma manera y con la misma fluidez que lo hace cualquier aporte de fondos propios o de terceros destinado a financiar capital de trabajo o inversiones no corrientes.

### **10.- ¿Es posible capitalizar el AIC luego de vencido el plazo de 180 días desde la aprobación del Directorio?**

Se podrá capitalizar el aporte aún luego

de vencido el plazo aludido, desde luego, en ese caso, se trataría según las Normas de la capitalización de un pasivo. Ciertamente, la capitalización de ese crédito es viable siempre que el aportante no pretendiera la restitución del mismo.

### **B. El tratamiento de los ajustes contables.**

**11. El artículo 278 de la RG 7/05 dispone que "la capitalización de aportes irrevocables sobre los cuales existan ajustes (...) debe comprender éstos..." y "...los derechos de suscripción preferente y de acrecer se ejercerán sobre el total de las acciones emitidas": ¿Cuál es el alcance de tales expresiones?. ¿La capitalización de ajustes de aportes irrevocables se debe efectuar en proporción a las tenencias mediante la emisión de acciones liberadas o favor exclusivo del aportante?**

El artículo 278 refiere que los derechos de suscripción preferente y acrecer se ejercerán sobre el total de las acciones emitidas en ocasión de la capitalización de AIC y sus respectivos ajustes, lo cual significa, interpretación literal mediante, que las acciones a emitirse por la capitalización de los ajustes de AIC no serán liberadas.

De esta manera, cabe inferir que si, conforme las Normas, los derechos de preferencia y acrecer se deben ejercer sobre el 'total' de acciones emitidas en el supuesto de aumento de capital con AIC sobre los cuales existen ajustes (que obligatoriamente se deben capitalizar con los aportes conforme la misma norma) y teniendo en cuenta que no se concibe el ejercicio del derecho de preferencia cuando se emite acciones liberadas, integradas o gratuitas, cabría concluir, que no se han de emitir acciones liberadas, integradas o gratuitas por la capitalización de los ajustes de aportes irrevocables.

Sobre la base de lo formulado, es dable afirmar que a siguiendo la letra del art. 278 de las Normas, la capitalización de ajustes de aportes irrevocables no debe generar la emisión de acciones

liberadas ya que si así fuera, sobre tales acciones liberadas no cabría ejercer el derecho de preferencia, pero como el art. 278 establece que el derecho de preferencia se ejercerá sobre el 'total' de las acciones emitidas y ese 'total', cuando se capitalizan aportes irrevocables más sus ajustes se supone que comprende a las acciones a ser emitidas por ambos conceptos.

Sin perjuicio de lo expuesto, ello no obsta a que la asamblea apruebe, con el consentimiento del aportante, la capitalización de los ajustes de AIC en proporción a las tenencias ya que ello no sería más que una renuncia que formula el aportante al derecho que le cabe sobre los ajustes de sus AIC.

**12.- Si la cuenta ajustes de aportes irrevocables no existiera y por ende la cuenta de aportes irrevocables ya estuviere ajustada por inflación y su valor, por ende, reexpresado: ¿La compañía se encuentra obligada a separar ambas cuenta a los fines de su tratamiento?**

Si la compañía ha decidido, avalada por sus auditores, exponer de esa forma la cuenta de AIC, el tratamiento que se decida sobre ellos (cualquiera fuere), comprenderá el total de dicha cuenta ya actualizada.

**13.- Conforme la norma del artículo 278 de la RG 7/05 "...en caso de restitución del monto nominal aportado, el saldo de la cuenta de ajuste únicamente puede aplicarse a cubrir pérdidas finales de ejercicio...": ¿Significa ello que el ajuste de AIC no se puede devolver?**

Obsérvese que la norma claramente alude a la restitución del monto nominal, más ello no significa, por el contrario, una restricción a la devolución del valor ajustado simplemente establece un posible destino de la cuenta ajustes de AIC en caso de que los mismos no se quisieran devolver, tal vez, por carecer la

compañía de los mismos. Convengamos que en realidad dichos montos no se encuentran reflejados en caja con lo cual, muchas veces puede resultar algo dificultoso (cuando no imposible) para la compañía restituir ajustes y por ello mismo, el artículo prevé su empleo para absorber pérdidas.

Según el artículo 278, estaría abriendo la posibilidad de devolver el ajuste cuando dice "...en caso de restitución del monto nominal..."; vale decir, sólo en ese caso se tendría que aplicar el ajuste a cubrir las pérdidas finales del ejercicio. De manera que si se decidiera restituir valor nominal más ajustes ello sería legítimo, toda vez que no existe norma expresa alguna que prohíba tal proceder.

Asimismo, es dable considerar a la cuenta AIC y sus ajustes constituyen un único valor sobre el cual operar, sea la capitalización, sea la restitución.<sup>7</sup>

**12.- ¿Puede una asamblea unánime decidir la restitución de los AIC y sus ajustes?**

Entendemos que también podría hacerlo una asamblea que no alcanzare la unanimidad.

**13.- Suponiendo que se restituyan los AIC a valor nominal y no se quiera (o no se pueda) devolver los ajustes de tales AIC y tampoco existieran pérdidas que absorber: ¿Qué podemos hacer con los ajustes de AIC?**

Mantenerlos como una nueva reserva destinada a absorber futuras pérdidas contables, o en su defecto capitalizarla. Su distribución en efectivo o en especie está expresamente prohibido por las Normas. Ahora bien, se puede capitalizar para devolver vía reducción de capital (art. 204).

**14.- Dada la capitalización de los aportes irrevocables, conforme las Normas,**

<sup>7</sup> Vid. DI CHIAZZA, Iván G., "¿A quién pertenecen los aportes irrevocables y sus ajustes por inflación?", EL DERECHO, 22 de mayo de 2006.

*se exige la capitalización simultánea de los ajustes de capital y de los ajustes de aportes: ¿Es imprescindible que dichos ajustes se capitalicen de manera previa al aumento por capitalización de aportes?*

Si bien la capitalización previa será lo usual y habitual a los fines de tutelar al accionista que no ha realizado ningún aporte, ello no obsta a que la asamblea decida válidamente (sin necesidad de unanimidad) efectuar dicha capitalización de ajustes con posterioridad a la capitalización de los aportes.

*15.- La situación descripta anteriormente supondrá muchas veces, un gran aumento del capital social por efecto, precisamente, de la capitalización de ajustes de capital: ¿Existe algún mecanismo a los fines de evitar un aumento desmesurado de la cifra del capital social en tales casos?*

Existe una alternativa consistente en transformar los ajustes de capital en una reserva patrimonial. Tal posibilidad comprende dos opciones: i) efectuar una reserva facultativa con dichos ajustes y ii) constituir una reserva obligatoria.

En efecto, es legítimo transformar los ajustes de capital en una reserva especial ya que el efecto patrimonial para los terceros acreedores y para los accionistas es total y absolutamente neutro ya que sumandos tanto a la cuenta capital o la cuenta reserva, se mantienen en el patrimonio neto de la compañía, aunque con la evidente ventaja para la sociedad de que permaneciendo como reserva y no como capital computa al 100 % frente a las pérdidas (artículos 94, inc. 5 y 206 LSC); en cambio, desde el instante mismo que los ajustes se capitalizan, los mismos computan al 50 % como el capital.

No obstante, si aún con lo expuesto existiera algún prurito formal -más bien por temor a que la solución propuesta no se encuentra 'bendecida' explícitamente por el

órgano de control- cabe recalcar que la asamblea podría decidir con aquellos ajustes de capital la constitución ya no de una reserva facultativa sino más bien de una reserva obligatoria la cual, resultará indisponible y sólo podría emplearse para absorber pérdidas futuras y ello implicará dotar a la sociedad de suficiencia patrimonial para contrarrestar eventuales pérdidas contables.

### **C. La devolución de los aportes irrevocables.**

*16.- El AIC se capitaliza en condiciones diferentes a las pactadas en el contrato: ¿cómo opera la restitución?, ¿con cargo a capital social?, ¿con cargo a ganancias líquidas y realizadas o reservas libres?, ¿se trata de una reducción voluntaria en los términos del artículo 204 LSC o de una reducción obligatoria con fundamento en la doctrina del derecho de receso?, ¿implica una operación de aumento y reducción de capital simultáneo?, ¿capitalización y simultáneo aumento del pasivo exigible por el monto del aporte capitalizado?, ¿opera la subordinación y régimen de oposición de acreedores?*

Es difícil proyectar esta situación cuando somos concientes de que estamos parados ante un negocio jurídico típicamente grupal. La baja probabilidad de que esta contingencia ocurra la convierte en una hipótesis de trabajo académico. No obstante, creemos interesante traerlo aquí por las aristas complejas que encierra la devolución del AIC capitalizado.

En esta etapa final del negocio jurídico (la capitalización) no estaríamos en rigor ante la devolución de un aporte irrevocable sino, frente a otra cosa bastante distinta: el rescate por la sociedad de las acciones emitidas a nombre del aportante. O sea, el AIC se encuentra capitalizado mutando su naturaleza jurídica y patrimonial (pasó de la cuenta AIC a la cuenta capital social). Siendo esto así, no puede haber restitución de lo que ya no es.

La Norma nos plantea la siguiente inquietud: (i) ¿estamos ante un supuesto de “rescate de acciones” por incumplimiento contractual? o; (ii) ¿estamos ante un supuesto de restitución de AIC sin alteración del capital social? Veamos:

La opción (i) implica incrementar el pasivo exigible en directa proporción al monto del aporte restituído ya que el neto patrimonial se verá reducido en una porción igual al pasivo exigible incrementado. Al no ingresar un activo como contrapartida de la obligación de restituir (pasivo) el patrimonio neto se ve resentido por esa nueva obligación. La restitución termina generando un quebranto contable por un monto igual al valor del (ex) AIC.

Una forma de compensar el efecto negativo señalado podría ser imputando la restitución del aporte con cargo a reservas libres o ganancias líquidas y realizadas. De esta manera se produce un efecto compensación entre cuentas del pasivo: pasivo retenido contra pasivo exigible.

La restitución del aporte sin contrapartida en el activo generará -necesariamente- una pérdida patrimonial. Esta situación podría exponer a los directores al riesgo de responder por eventual responsabilidad civil por mala gestión empresarial (arts. 59, 274 y 275).

La opción (ii) no sólo permite al aportante conservar las acciones suscriptas por capitalización del AIC manteniendo inalterada su participación en el patrimonio sino; además, gozar del beneficio de ver recuperado su aporte sin disminución de la tenencia. Estaríamos ante un supuesto de restitución de capital con cargo a reservas sin rescate de acciones. Negocio jurídico atípico, más no ilícito.

Si elegimos restituir el AIC mediante la opción de rescate (o sea, la opción (i)) debemos descifrar si ese rescate será con cargo a capital (en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de reducción) o, con cargo a ganancias líquidas y realizadas o reservas libres (en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de adquisición de

acciones propias o autocartera).

El negocio de autocartera (art. 220.2) no goza en nuestro medio de mucha simpatía y quienes han intentado explicarlo, parten de una interpretación severa y restrictiva del art. 220.2 pues estaría en juego el orden público societario: la sociedad sólo puede adquirir sus propias acciones (excepcionalmente) bajo los supuestos expresamente previstos y no otros. Por lo tanto, la autocartera para restituir un (ex) AIC podría ser atacada de nulidad (art. 251). El profesor OTAEGUI califica dicha nulidad de absoluta. Nos permitimos discrepar respetuosamente con esta postura.

Resta analizar la restitución con cargo a capital; o sea, reducción del capital social. ¿Reducción voluntaria? Si fuera reducción voluntaria el régimen no variaría respecto de la restitución de un AIC en cuanto al régimen de oposición de acreedores (art. 204, 220.1 y 235.3).

Si bien la restitución del (ex) AIC con cargo a capital parece encajar, llegamos al mismo resultado si la restitución se financia con cargo a ganancias líquidas y realizadas o reservas libres; en cuyo caso la sociedad aportada adquiere las acciones del aportante para enajenarlas dentro del plazo de un año.

Uno u otro camino está abierto. La elección dependerá de las eventuales contingencias que ellas encierren.

### ***17.- ¿Acciones redimibles para devolver el AIC y el ajuste por inflación?***

La capitalización de ambos rubros emitiendo acciones preferidas (u ordinarias) con cláusula de rescate es una opción viable. Debemos tener cuidado en que el derecho de opción esté en cabeza de la sociedad aportada para que los contadores no computen el capital preferido como pasivo (RT 17 de la FACPCE ¡!). Siendo el aportante el socio controlante parece que la opción de rescate está bien asegurada. Tengamos presente que el convenio de aporte irrevocable puede prever la clase de acciones a emitir como consecuencia de la capitalización; en consecuencia, esa nueva clase de acciones puede contar con cláusula de rescate total o

parcial.

### **D. La absorción de pérdidas contables.**

*18.- Se realiza un aporte irrevocable en el ejercicio 2005 para enjugar pérdidas acumuladas durante los ejercicios 2002, 2003 y 2004 (artículo 206 LSC): ¿Se puede compensar la pérdida con cargo a aportes irrevocables o se impone su previa capitalización? ¿Cuál es el orden de afectación de las diversas cuentas del Patrimonio Neto en orden a la absorción de las pérdidas acumuladas? ¿Es factible dejar intacta la cuenta reserva legal y emplear de manera directa los AIC?*

Esta alternativa no está contemplada en las Normas, pero no existe obstáculo alguno para compensar la pérdida con cargo a aportes irrevocables de manera directa. La IGJ no ha previsto un orden específico al respecto y aún cuando lo hiciera el mismo no podría imperativo. Es razonable considerar que la asamblea dispone de plena capacidad para determinar el orden de absorción que más le convenga sin criterios estrictos.

Finalmente, si la sociedad cuenta con otras cuentas a las cuales podría (contable y jurídicamente) cargar una absorción de pérdidas como serían los AIC y que resultan suficientes sin necesidad de absorber previamente la reserva legal, ello perfectamente legítimo y por cierto, eficiente.

*19.- Suponiendo que existan AIC más ajustes de AIC y pérdidas acumuladas: ¿Se podría absorber pérdidas con los aportes sin la cuenta ajuste? ¿Qué hacer con los ajustes en ese caso?*

Si las pérdidas no fueran suficientes como para absorber los ajustes de AIC o bien, no

fuera necesario una absorción de pérdidas completa (por no estar la sociedad en la causal del artículo 206 LSC), los ajustes de AIC se podrían convertir en una reserva especial para cubrir futuras pérdidas.

### **E. Situaciones generales y convenio de aportes.**

*20.- Los AIC fueron aportados en diferentes remesas y no se ha realizado el acuerdo: ¿Es posible incorporar todos los aportes a un mismo convenio? ¿Qué fecha se computa en orden al plazo de capitalización?*

No sólo es posible, sino conveniente para simplificar el cumplimiento de dicho recaudo.

Sin duda alguna la fecha que las partes hubieren estipulado a tal efecto en el correspondiente acuerdo de AIC. Si ello fuera omitido, se tomaría la fecha de la aceptación por parte del Directorio de dicho acuerdo e independientemente de las fechas en que pudieron haber sido realizados los AIC.

*21.- Suponiendo que ingresaran efectivamente AIC pero se dilata la aprobación por parte del Directorio: ¿Cuál es la situación contable de tales AIC hasta la aceptación del Directorio?*

En tanto y en cuanto todo ello se desarrolle en transcurso de un mismo ejercicio económico, la situación contable de los AIC no aceptados aún por el Directorio no cambia en nada, pues en definitiva serán una cuenta del patrimonio neto. Vale decir, si el aporte ingresó en enero y considerando que el ejercicio económico cierra el 31 de diciembre de cada año, aún cuando el aporte fuera aprobado en el mes de diciembre, sin duda en los Estados Contables de dicho ejercicio los aportes serán una cuenta del patrimonio neto, aún cuando el Directorio se hubiera tomado 12 meses para aprobarlos.

Ahora bien, si antes de la aceptación por parte del Directorio, se cerrara el ejercicio

económico la situación sería distinta. En efecto, en ese caso, los estados contables reflejarán los AIC como una cuenta del pasivo y no del patrimonio neto ya que así lo indican las normas técnicas contables que rigen la materia.

**22.- ¿Constituye el mecanismo previsto en la pregunta anterior una forma indirecta y en nada encubierta de prorrogar el plazo de capitalización de los aportes?**

Sí, desde luego y ello entendemos es legítimo.

**23.- Al momento de elaborar el convenio de aportes irrevocables existen algunas dudas acerca del monto de la prima de emisión: ¿Cómo redactamos el convenio?**

Entendemos que sería suficiente someter la fijación de la prima de emisión a la competencia de la asamblea. Ello no podría invalidar el acuerdo. Cabe recalcar sobre el punto lo expuesto acerca de las facultades para la fijación de la prima de emisión en la pregunta N° 3.

**24.- ¿Es factible realizar un AIC mediante un crédito?**

Se podría responder que ello no es posible dado que la IGJ ha prohibido (sin razones suficientes) los AIC de bienes en especie. Sin embargo, ello no implica la imposibilidad de concretar aportes de créditos si se tiene en cuenta el carácter de dicho crédito.

Efectivamente, es objetivo de la IGJ que todo AIC tenga una contrapartida en la cuenta Caja y Bancos; por ende, si el crédito es financiero encaja en las Normas.

**25.- ¿Es factible realizar un aporte irrevocable para absorber pérdidas y no para capitalización? ¿Cuál sería su régimen?, ¿estaría**

**alcanzado por las exigencias de la RG 7/05 sobre aportes irrevocables a cuenta de futura emisión?**

Las Normas sólo regulan los aportes para capitalizar y no los aportes para absorber pérdidas<sup>8</sup>. Tales aportes tienen un doble sustrato: a) la RT 17 FACPCE admite contabilizarlos en su artículo 5.19.1.3.2. (Aportes irrevocables para absorber pérdidas acumuladas) que “...los aportes efectivamente integrados, destinados a absorber pérdidas, serán registrados en el patrimonio neto modificando los resultados acumulados, siempre que hayan sido aprobados por la asamblea de accionistas (u órgano equivalente) del ente o por su órgano de administración ad-referéndum de ella”, claro está que difícilmente (y con buen tino jurídico) pueda considerar que una norma técnica contable sea fuente de derecho sino que, por el contrario, entendemos que así ha sido previsto por la norma en cuestión sencillamente porque han sido los profesionales de las ciencias contables quienes advirtieron la utilidad del aporte para absorber pérdidas como figura distinta del aporte irrevocable a cuenta de futura emisión de acciones; y, b) entendemos que la viabilidad jurídica del aporte para absorber pérdidas encuentra apoyatura en el artículo 63, 2. II. b,c y d. de la LSC.

Dada la sustentabilidad de los aportes para absorber pérdidas contables cabe afirmar que de ninguna manera estarían sujetos a las exigencias de las Normas ya que dichos aportes no se capitalizarían por que el objeto de este negocio jurídico es: absorber pérdidas.

**26.- ¿Es factible realizar un AIC cuyo objeto sea la constitución de una reserva especial?**

Esta alternativa implica el ingreso de capital de riesgo sin imputación jurídica ni contable al capital social; o sea, aportes de fondos para formar reservas patrimoniales. Financiación de capital de

<sup>8</sup> Vid., Pablo A. VAN THIENEN, “Explorando el objeto y la causa fin del contrato de aporte irrevocable a cuenta de futura suscripción de acciones como negocio “ad referéndum”: ¿única modalidad contractual posible? Rev. ED, 23 de marzo 2006.

trabajo fuera del estricto régimen jurídico del capital social.

### **F. Eventuales contingencias impositivas.**

#### **27.- *¿Existen contingencias impositivas por la absorción de pérdidas con AIC?***

En punto a los AIC es fundamental tener presente que el artículo 95 LIG establece los requisitos impositivos para que un AIC sea considerado como patrimonio neto y no como pasivo, a saber: i) que no devenguen intereses y ii) que haya convenio de aportes.

En consecuencia, para no tener efectos fiscales el AIC debe cumplir con las disposiciones de la LIG y por lo tanto, si conforme a las disposiciones fiscales se absorben pérdidas con aportes considerados como patrimonio neto no hay efectos impositivos.

#### **28.- *¿Existen verdaderas contingencias impositivas por la absorción de pérdidas con ajustes de AIC tal como alerta la IGJ en el artículo 278 de las Normas?***

Atento a conformar los AIC y sus ajustes una unidad de valor compleja sólo separada a efectos de registración contable, no cabría (con un mínimo de rigor jurídico) trazar diferencias entre aportes y ajustes a la hora de regular la absorción de pérdidas.

Por lo tanto, si se decide absorber pérdidas, es igual que ello se efectúe con cargo a la cuenta aportes irrevocables (cifra nominal) o con cargo a la cuenta ajustes de aportes ya que ambas cifras conforman un mismo valor unitario; esto es, el aporte reexpresado y por tal motivo, el ajuste de aportes irrevocables es tan aporte como el aporte mismo y habiendo estimado la inexistencia de impactos impositivos en la absorción de pérdidas con aportes irrevocables, por lo tanto, idéntica conclusión cabe inferir con respecto a la absorción de

pérdidas con ajustes de aportes irrevocables.

En virtud de expuesto, la advertencia formulada por la IGJ resulta jurídicamente infundada.

#### **29.- *¿Existe algún impacto impositivo en la devolución de los AIC? ¿Cuál es la situación con los intereses presuntos?***

El artículo 73 de la LIG establece que: "...*toda disposición de fondos o bienes efectuados a favor de terceros por parte de los sujetos comprendidos en el artículo 49, inciso a), y que no responda a operaciones realizadas en interés de la empresa, hará presumir, sin admitir prueba en contrario, una ganancia gravada equivalente a un interés con capitalización anual no menor al fijado por el Banco de la Nación Argentina para descuentos comerciales, o una actualización igual a la variación del índice de precios al por mayor, nivel general, con más el interés del 8% (ocho por ciento) anual, el importe que resulte mayor...*". Como se desprende del texto de la norma, la misma sólo es aplicable a las sociedades de capital del artículo 69 LIG, por lo que quedan totalmente excluidas las restituciones de aportes irrevocables a aportantes personas jurídicas que no poseen tal calidad, personas físicas o sujetos no residentes

Definitivamente no existe ningún impacto impositivo en el caso de la devolución de AIC. Desde el punto de vista de la sociedad que recibe no hay ningún efecto con relación al interés presunto y desde luego, si no los paga no los podrá deducir.

En el caso del aportante, a los efectos de la aplicación de intereses presuntos por la devolución de aportes, se deben cumplir de manera simultánea con dos requisitos: a) que el aportante sea un tercero con respecto a la sociedad que recibe los aportes y b) que no sea realizado en interés del aportante. Al respecto se encuentra planteada una controversia jurisprudencial acerca del alcance de las nociones de 'terceros' e 'interés' que discrepan acerca de los alcances en el marco de un grupo económico.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Vid.: DI CHIAZZA, Iván G. y VAN THIENEN, Pablo A.: "Intereses presuntos y grupo económico. Comentario crítico al fallo "Fiat Concord"", EL DERECHO, 7 de julio de 2006.

### 30.- ¿Cuál es la situación con el impuesto de igualación?

La ley 25.063 agregó un nuevo artículo a continuación del artículo 69 LIG, incorporando el denominado 'impuesto de igualación' o 'superdividendo', estableciendo: "Cuando los sujetos comprendidos en los apartados 1,2,3,6 y 7 del inciso a) del artículo 69, así como también los indicados en el inciso b) del mismo artículo, efectúen pagos de dividendos o, en su caso, distribuyan utilidades, en dinero o en especie, que superen las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de esta ley, acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago o distribución, deberán retener con carácter de pago único y definitivo, el treinta y cinco por ciento (35%) sobre el referido excedente...".

Sobre el particular y en punto a la devolución de aportes irrevocables ha sostenido la AFIP en la nota n° 1453/05 del 01 de junio de 2005 que "...al asimilarse al mismo a una reducción de capital, correspondería aplicar el tratamiento establecido en el artículo agregado a continuación del 69 (...) y 102 del decreto reglamentario de dicho gravamen.

La afirmación formulada por la AFIP en la nota mencionada presenta serias flaquezas que la tornan jurídicamente inconsistente, pero a la vez resulta contradictoria. Veamos.

La pretensión de aplicar el impuesto de igualación a la devolución de aportes se basa en el hecho de que la AFIP asimila dicha devolución de aportes a una reducción de capital y dado que el decreto reglamentario extiende el impuesto de igualación al rescate de acciones, ergo, concluye aplicando el impuesto de igualación a la devolución de aportes. Tal explicación no resiste la crítica por los siguientes motivos: (i) la devolución de aportes irrevocables no es estrictamente una reducción de capital, sólo se le aplica el régimen de la reducción de capital en punto a las publicaciones y eventuales oposiciones de acreedores; (ii) aún cuando se considerase (hipotéticamente) que no se trata de una asimilación de regímenes sino que la devolución de aportes es esencialmente una reducción de capital, semejante conclusión no se encuentra amparada por ninguna ley como para que la AFIP pueda sostener la aplicación de un impuesto en ese caso, de lo contrario, resultaría

vulnerado el principio de legalidad tributaria; (iii) en rigor de verdad, el artículo incorporado a continuación del 69 LIG sólo alude al pago de dividendos y la devolución de ajustes no lo es<sup>10</sup> y (iv) el decreto reglamentario extiende ilegítimamente el ámbito de aplicación del impuesto de igualación al pretender aplicarlo al rescate de acciones.

Asimismo, se advierte una patente contradicción en las posturas de la AFIP ya que para dicho organismo una devolución de aportes irrevocables pondría en evidencia que el mismo era un mutuo (así lo sostuvo por ejemplo en el Dictamen 57/2004) defendiendo la aplicación de intereses presuntos; pero simultáneamente, esa misma devolución también sería una reducción de capital para aplicar el impuesto de igualación. No existe sustento jurídico razonable, legítimo y coherente como para pretender aplicar el impuesto de igualación a la devolución de aportes irrevocables (y sus ajustes por inflación).

### V. El aporte irrevocable convertible.

Todos sabemos la antipatía que el aporte irrevocable genera en aquellos que ven en este creativo negocio jurídico el germen para perpetrar todo tipo de tropelías. Sin duda estos pensadores se encuentran movidos por un dogma: el capital social todo lo puede y con él se evitan los fraudes, las estafas y las simulaciones.

A esta altura uno podría pensar que quienes

<sup>10</sup> Que los ajustes contables por inflación no son "ganancia" ha sido reconocido expresamente por los tribunales mercantiles *in re* "CNV c. Ladrillos Olavarría SA". Ergo, si un ajuste no es ganancia en los términos de la ley de sociedades comerciales (arts. 68 y 224) mal puede constituir un dividendo y menos ser susceptible de ser distribuido como tal. Cuestión muy diferente al tratamiento legal y contable de los viejos saldo de revalúo ley 19.742, hoy casi inexistentes. A igual resultado llegamos si queremos devolver capital nominal o el aporte de capital nominal más el ajuste por inflación.

piensan de esta manera están más cerca de Antoine De Saint - Exupéry que de Francesco Gallgano o de Tulio Ascarelli.

El anticipo de fondos a cuenta de capital social es un negocio que encuentra expreso reconocimiento en nuestro estatuto societario para el supuesto de las sociedades constituidas por suscripción pública del capital. En efecto, si uno se toma el trabajo de leer detenidamente el régimen de constitución y la forma de integración del capital social fundacional, observaremos que en la etapa de creación del ente societario los “promotores” y futuros “suscriptores” aportan capital de riesgo (en efectivo o en especie) de manera anticipada; o sea, previo a su imputación jurídica y contable al capital social puesto que hasta tanto no se celebre la asamblea constitutiva (vid., art. 176) no tenemos estatutos, ni acciones, ni sociedad (vid., art. 179). En esta etapa “promocional” nos encontramos con contratos de suscripción sobre un capital social en potencia.

El artículo 170 de la LSC expresamente dispone que el banco que interviene en la constitución de la sociedad por suscripción pública recibirá de los suscriptores “... los anticipos de integración en efectivo ...”. En línea con esto vemos que el artículo 170.3 ordena que el programa debe contener, entre otras cosas, los anticipos de pagos. ¿Acaso esto no es un aporte irrevocable a cuenta de futura suscripción de acciones bajo una modalidad contractual diferente?

La posibilidad de que terceros ingresen al neto patrimonial capital de riesgo sin imputación jurídica al capital social es posible bajo nuestro derecho societario. La posibilidad de aumentar capital sin integración también es posible bajo nuestro derecho positivo. El régimen de obligaciones negociables con opción de conversión es un claro ejemplo de ello. La decisión social de emitir deuda convertible implica la simultánea decisión de aumentar el capital social. Esta técnica jurídica es esencial para que la sociedad deudora pueda atender el ejercicio de las opciones de conversión sin necesidad de tener que convocar a asamblea cada vez que un bonista notifica su decisión de

convertir su capital de crédito en capital de riesgo.

Tal como hemos expresado en un trabajo anterior, creemos que es posible bajo nuestro derecho societario aumentar capital social pudiendo la asamblea delegar en el directorio la recepción de “aportes irrevocables convertibles”.

Proponemos en esta caso que el aportante suscriba con la sociedad un contrato de “aportes convertibles” anticipando la integración de un futuro capital social dejando suspendido por un tiempo (convencional) su oportuna capitalización que, no hay dudas, está firme e irrevocable para ambos<sup>11</sup>.

La idea es simple y busca dotar a la sociedad de recursos patrimoniales no imputable al capital jurídico. El aporte convertible (no es una opción) por ello computa en el patrimonio. Estamos hablando de algo tan llano como un anticipo de capital que podrá incorporarse al patrimonio como “reserva de capital” en los términos del artículo 63.II.C de la LSC. No abrigamos dudas de que estos “aportes convertibles” encajan perfectamente con “... todo otro rubro que por su naturaleza corresponda ser incluido en la cuenta capital”.

No podemos descartar que estos aportes convertibles puedan representarse en valores negociables: ¿podrían cotizar bajo el artículo 3º del decreto 677/01?

## VI. Final.

Demasiadas preguntas han quedado en el tintero. Más de 50 han quedado fuera de este paño. Hemos elegido aquellas que entendemos pueden conducir a un debate constructivo despojado de dogmática.

Luego de estas breves reflexiones queda flotando una duda: ¿a quién beneficia todo este problema?

---

<sup>11</sup> Vid., nota 8. Remitimos al lector a ese trabajo.

# CEDEF

---

*Law & Business*