

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ANTICIPOS DE CAPITAL A CUENTA DE FUTUROS AUMENTOS EN EL DERECHO CHILENO

PABLO ROMÁN GÓMEZ-LOBO*

Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad exponer la naturaleza jurídica y efectos de una práctica de financiación societaria comúnmente denominada *anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos*, la cual omitida por la legislación societaria y dogmática chilena, impide otorgar elementos nítidos para su segura utilización por parte de los agentes que intervienen en este ámbito. Para los efectos anteriores, se plantea la tesis de considerar a esta figura de financiación como un contrato bilateral sujeto a condición suspensiva, utilizando los recursos provistos por el derecho común. En el desarrollo de esta investigación, se ha aprovechado la observación aguda realizada por la dogmática y jurisprudencia continental y argentina, las que han debido dilucidar sus características y lidiar con su problemática, especialmente su atributo irrevocable, y que impide su sustitución unilateral a través de otros contratos tales como el mutuo.

Palabras claves: *anticipos a cuenta de futuros aumentos, avances, desembolsos anticipados para futuras capitalizaciones, financiación de sociedades, condición suspensiva.*

INTRODUCCIÓN

La financiación de sociedades reconoce fuentes internas y externas, destinadas a dotar a la entidad, sea en formación o constituida, de bienes idóneos para acometer su objeto social. Son reconocidas como fuentes internas de financiación empresarial, aquellas generadas a consecuencia de la operación y promoción de bienes o servicios: los aportes de socios, las utilidades reinvertidas, las operaciones de depreciación y amortización de sus inversiones, y la venta de activos, entre otras. De otro lado, las fuentes externas corresponden a recursos entregados por terceros, a saber, proveedores, instituciones financieras e inversionistas (bancos, sociedades de factoring, emisión de valores, etc.).

Sin embargo, existe otra fuente de recursos líquidos y veloces para las sociedades, proveniente de una práctica mercantil generalizada desde antaño denominada *anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos*, instituto ausente de la legislación socie-

* Universidad de los Andes, Santiago, Chile (pablo.roman@romanasociados.cl). Artículo recibido el 11 de octubre de 2017, aceptado para publicación el 11 de diciembre de 2017.

taria chilena. Esta figura se inscribe en una época en la cual el concepto de capital social se encuentra en constante revisión, desde posiciones legislativas que, atentas a su *función de garantía* a favor de dueños y acreedores, instan a controlar *ex ante* la efectividad de un capital nominal inicial o aumentado determinado (proporcional al riesgo empresarial acometido), y legislaciones societarias donde existe una amplia libertad en esta materia, como la nuestra, que no regulan un monto mínimo de capital estatutario y su efectividad (salvo para los bancos, aseguradoras y otros relevantes), sustituyendo un control *a priori* del capital por la promoción de controles *ex post*, en cuanto a su aptitud material para el tráfico.

Así, en el ordenamiento chileno, la definición del valor y de la efectividad intrínseca del capital (considerando el patrimonio social en su conjunto), es transferida *ex post* a la formación de la sociedad o al aumento de su capital al mercado y a los agentes económicos que se vinculan contractualmente con la sociedad, ello por medio de la observación e interpretación de la información contable (activos, pasivos, patrimonio, utilidades y reservas), financiera (relación de endeudamiento) y comercial (flujos de caja), consolidada en el caso de la sociedad integrante de un grupo de sociedades.¹ Sobre dicha información, los acreedores *profesionales* tendrán fácil acceso y entendimiento, debido a su poder relativo frente a la sociedad.² Sin embargo, otros acreedores, *pequeños, casuales o ignorantes* (PYMES, consumidores y acreedores por responsabilidad extracontractual), no tienen capacidad económica (costos de transacción) ni poder relativo sobre la sociedad contraparte, que les otorgue un acceso razonable a la información financiera y contable de la misma.³

De otro lado, los anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos, que persiguen dotar de mayor capital de riesgo a la persona jurídica, pueden horadar injustamente la confianza de los terceros, situación que reclama un marco dogmático razonable que permita resolver dudas y conflictos en torno a esta figura de financiación en sede societaria o concursal. Entonces, el surgimiento de la problemática respecto a esta operación, puede obedecer a una demora excesiva de los socios o accionistas en formalizar su capitalización, a la ambigüedad de su escrituración y/o contabilización, o bien a la voluntad unilateral de cualquiera de los contratantes planteada con posterioridad al acuerdo, intentando mutar el dinero avanzado a título de futuro aumento de capital en un préstamo. De ahí que, en el desarrollo de éste trabajo, analizaremos la esencia irrenunciable del *anticipo* y la procedencia o no de su eventual restitución por parte de la entidad receptora.

1 PUGA (2013), pp. 149-150.

2 Estos acreedores además, controlan mejor el riesgo de la entidad, pudiendo exigir garantías a los socios y/o cobrando a la compañía una prima de riesgo por los contratos que celebren.

3 En PAZ-ARES (1983), pp. 1587-1639, y en PAZ-ARES (1994), pp. 253-269, quien habiendo expresado algún escepticismo sobre las virtudes absolutas de la publicidad como sustitución al capital adecuado, atendido un sinnúmero de situaciones prácticas que acostumbran socavar la confianza de terceros, particularmente de los denominados *acreedores ignorantes*, aboga por su protección por medio del instituto del *levantamiento del velo* y de la imposición de un deber de comunicación por parte de la sociedad a los acreedores, acerca del estado y composición de su capital-patrimonio en relación al riesgo empresarial que la compañía está asumiendo en un momento dado.

Adicionalmente, explicaremos que, los anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos no constituyen una partida del patrimonio neto de la sociedad, pues, precisamente, su capitalización formal se encuentra pendiente.

Esta investigación, por ende, pretende determinar la naturaleza jurídica y características de este método de financiación societaria, para identificar, a partir de ahí, sus efectos sustanciales, tanto respecto del sujeto que entrega el *anticipo* como de la sociedad receptora del mismo, ya sea en eventos de formalización o no del respectivo aumento de capital. Para todo ello, se recurrirá a las normas y principios provistos por el ordenamiento chileno común y societario, sumando el aporte proporcionado por la dogmática y jurisprudencia continental y argentina, más atenta que la nuestra en esta materia. En este artículo, hemos prescindido de los ordenamientos societarios anglosajón y norteamericano, atendida sus diferencias sustanciales con los sistemas jurídicos continentales, estos últimos, a los cuales el chileno es mayormente tributario.

La finalidad última deseada de este artículo consiste, pues, en visibilizar y demostrar la factibilidad jurídica de este instituto, proveyendo de mayor claridad, certeza y recursos interpretativos tanto a los actores que contratan con la empresa, como a la judicatura enfrentada a resolver una eventual divergencia en torno a esta figura.

1. CONCEPTOS GENERALES

1.1 Ensayo de un concepto

Los anticipos o avances de capital a cuenta de futuros aumentos pueden ser definidos como un acuerdo financiero de raigambre societaria, en virtud del cual un socio o un tercero, con el consentimiento de la administración de la sociedad, entrega sumas de dinero u otro activo líquido (cheque, depósito) a ésta con el propósito de integrarlas a su capital, con anterioridad y sin esperar la discusión y adopción por parte de los socios o de la junta de accionistas del aumento de capital.⁴ El avance ya señalado se realiza, entonces, antes de la celebración del contrato de suscripción de acciones (caso este último de las sociedades anónimas y sociedades por acciones), y queda sujeto, además, a la decisión formal de los socios de capitalizar o no el anticipo. Como apuntan Cabanas y Machado, tales desembolsos “se hacen a cuenta de un futuro aumento de capital, es decir, de un aumento que todavía no se ha decidido, forzoso es concluir que no podrán representar aportaciones de capital. No obstante, aunque de presente no lo sean, tendencialmente aspiran a serlo...”.⁵ Entonces, en la figura analizada, no se sigue el proceso normal de un aumento de capital, donde la ejecución sigue al aumento, sino a la inversa.

4 VITOLO (1994), pp. 103-104, ha conceptualizado esta operación como aquella en que “la sociedad recibe del socio -aunque excepcionalmente pueda hacerlo de un tercero-, sin que exista aún decisión del órgano de gobierno de efectuar un aumento de capital, una prestación, a la que califica como *aporte*, para afectarla al giro de la sociedad, con el compromiso de convocar oportunamente a Asamblea para considerar su capitalización”.

5 CABAÑAS y MACHADO (1995), p. 56.

1.2 Situación de esta figura ante la legislación societaria chilena

El ordenamiento societario chileno, si bien desconoce esta figura de financiación, tampoco la prohíbe, como lo muestra una práctica comercial ya generalizada y de larga data. La figura revisada no se opone, pues, ni al artículo 1461, inciso 3° del Código Civil ni al artículo 1467, inciso 2° del mismo Código, y ni tan siquiera al artículo 1475, inciso 2°, que establece las condiciones moralmente imposibles.

Esta omisión legislativa puede explicarse por diversos motivos. Uno de ellos, que nos parece el más relevante, consiste en que en el derecho societario chileno no existe la exigencia genérica de que la sociedad se constituya con un capital mínimo nominal, que además deba mantenerse durante su vigencia. Tal circunstancia, por ende, demuestra, que el fenómeno conocido como *infracapitalización* no ha interesado preventivamente en Chile, ni al legislador societario ni concursal, lo que explica finalmente el silencio normativo que también existe respecto de la figura que aquí se analiza.⁶

1.3 Causas económicas de este negocio jurídico, sujetos involucrados y objeto

Este instrumento jurídico de financiación, ha sido utilizado habitualmente en sociedades de capital de número reducido de socios y en el espacio de los grupos de sociedades.⁷ Sus motivos parecen obedecer principalmente: a) a las urgencias financieras de fondos líquidos por parte de la sociedad, que no pueden ser obtenidas acudiendo al sistema financiero por su mayor costo (por ejemplo, impedir el remate de un bien esencial del activo o considerar una oportunidad de negocio); b) a los tiempos involucrados en la adopción de un aumento de capital formal; c) al tratamiento tributario más favorable que se otorgue a estos avances de dinero, aún no formalizados en aumentos de capital; d) a la necesidad de mantener una contabilidad empresarial que mantenga el pasivo en niveles de endeudamiento razonable (ratios de endeudamiento); o, en fin, e) a la exigencia impuesta por la legislación societaria y/o tributaria extranjera en casos de infracapitalización, estado patrimonial que obliga a la sociedad a completar el capital nominal, cada vez que éste disminuye contablemente.⁸

Esta figura del derecho de sociedades debe su surgimiento y consolidación, precisamente, a la inventiva de los empresarios y contadores, asociada a las necesidades contingentes de caja para efectuar ciertas operaciones sociales, necesarias, las cuales pueden o no estar vinculadas a síntomas de insolvencia de la persona

6 PUGA (2013), p. 172, refiriéndose a este instituto de financiación societario, observa la inexistencia de norma legal que permitan la “reclasificación de créditos que de verdad apunten a una capitalización futura como aportes de capital, y por tanto créditos subordinados, porque en Chile los aumentos de capital son solemnes... Si esa modificación no se produce y sobreviene la quiebra de la compañía, esos fondos son créditos y no capital.”

7 CABAÑAS y MACHADO (2011), p. 1601, ALEGRÍA (1995), pp. 67-69, y TOSI (2008), pp. 50-52.

8 ALEGRÍA (1995), pp. 67-69, CABAÑAS y MACHADO (1995), pp. 27-53, TOSI (2008), pp. 50-52 y HERNANDO (2014-2015), p. 504.

jurídica.⁹ Las partes involucradas, esto es la sociedad y el socio o tercero, están decididas, la primera, a obtener del socio o tercero un avance rápido de dinero u otros activos líquidos para el giro social, y el segundo, a transferir en forma simplificada y rápida el metálico sin esperar que la sociedad receptora inicie, el proceso formal de aprobación de la capitalización ante los socios y la consiguiente emisión de las nuevas acciones.

En cuanto a los sujetos intervinientes, la parte que efectúa el anticipo en dinero a la sociedad corrientemente será un socio o accionista (director o controlador), y excepcionalmente un tercero ajeno a la propiedad de la entidad. La excepcionalidad de que un tercero acepte financiar a la sociedad en emergencia económica a través de esta figura, se debe a un doble riesgo: el primero, carecer del derecho estatutario a provocar el llamamiento de la junta que deba decidir el aumento de capital respectivo, y segundo, los problemas que pueden tener lugar a consecuencia del ejercicio del derecho de suscripción preferente de los accionistas, quienes podrían bloquear el ingreso de este tercero a la sociedad en ejercicio de sus derechos preferentes.¹⁰

El objeto del anticipo será el dinero. Sin embargo, ante el evento de una causa de emergencia financiera societaria, que dé pie a una negociación entre el socio o tercero a través de este instrumento de financiación, se considerará la eficiencia del anticipo para eliminar o reducir el estado de emergencia económica y no solamente la calidad intrínseca del objeto del aporte, de modo que, teóricamente, no puede descartarse que estos avances puedan ser efectuados en bienes distintos del dinero, si las circunstancias de hecho lo requieren.¹¹

4. UN ASUNTO TERMINOLÓGICO

Los anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos, también conocidos como aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones, aportes a cuenta de futuras capitalizaciones, adelantos, anticipos, desembolsos anticipados o aportes no capitalizados, en ocasiones son confundidos con el aporte, lo que nos parece errado, a la luz del alcance estrictamente societario que debe asignársele a este último término, ello por cuanto:¹²

a) A diferencia del aporte, el contrato de anticipo y la prestación del sujeto que ejecuta el avance, temporalmente tiene lugar antes de la aprobación de su capitalización por parte de los socios o accionistas, y de la suscripción de nuevas acciones, de lo cual se derivan diferencias relevantes con el instituto del aporte;

9 ARAYA y ARAYA (2013), pp. 750-751.

10 LENNON (1994), p. 254.

11 MOLINA (2004), pp. 661-668. En el derecho societario chileno, el artículo 21 del D.S. N° 702 de 2011, provee controles normativos estrictos en materia de aporte de bienes distintos al dinero.

12 La denominación *desembolsos anticipados*, es propia de la dogmática española, en Italia, este instituto se lo conoce bajo el nombre de *versamenti in conto futuro aumento di capitale*, y en Argentina comúnmente se lo llama *aportes a cuenta de futuras capitalizaciones*.

b) Conceptualmente, el aporte alude al acto jurídico en virtud del cual el socio o accionista transfiere o promete transferir la propiedad de un bien (dinero, derechos, inmuebles, etc.) a la sociedad, recibiendo como contraprestación simultánea derechos o acciones de la entidad; figura que, conforme se analizará, no llega a verificarse exactamente con el instituto objeto de este trabajo. Así se desprende de los artículos 378 del Código de Comercio y 17 de la Ley N° 18.046.¹³ Por ello, en este trabajo se prefiere utilizar, la voz anticipo, avance o desembolso anticipado en lugar de aporte;¹⁴

c) A su vez, en los aportes de capital existe simultaneidad en el nacimiento de las obligaciones, o sea, siguiendo a García Cuerva, no existirá socio sin aporte y no habrá aporte que no traiga aparejada la adquisición por parte del aportante de la calidad de socio.¹⁵ En cambio, según se adelantó precedentemente, en los anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos, si bien se verifica simultaneidad en el nacimiento de las obligaciones (aunque condicional para la entidad conforme se expresó *supra*), dicha simultaneidad no concurre en la ejecución de las prestaciones, pues, a pesar de que la transferencia de activos líquidos (dinero) por parte del socio o tercero a la organización es inmediata, coetánea con el nacimiento de su obligación y previa al aumento de capital, la prestación de la sociedad, en cambio, consistente en la entrega de participaciones sociales o acciones, no es simultánea, toda vez que ésta se ejecuta con posterioridad al contrato de anticipo, y solo una vez realizados los actos destinados a citar a los dueños de la entidad y decidido por éstos la aprobación del aumento;

d) El instituto de los anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos no constituye un contrato preliminar, y la promesa de *avance* de dinero (realizando un símil con la promesa de aporte), constituye una figura distinta a la operación objeto de este artículo, toda vez que los dineros correspondientes al anticipo se entregan a la sociedad *praesenti*;¹⁶

13 VÁSQUEZ (2015), p. 294.

14 Con DUBOIS (1994), pp. 73-78, y ARAYA y ARAYA (2013), pp. 749-750.

15 GARCÍA CUERVA (1988), pp. 71-72, deslinda conceptualmente el *anticipo a cuenta de futuros aumentos* del aporte, y aún cuando este autor reconoce en ambos institutos finalidades convergentes, es decir, realizados con la finalidad de “correr el riesgo empresarial”, les atribuye significados y efectos distintos, al señalar sobre el aporte: “los términos aporte y socio son correlativos; no hay socio sin aporte y no hay aporte que no lleve necesariamente implícito que el aportante adquiriera la calidad de socio... Siendo el aporte la obligación que asume el socio en el contrato de suscripción.” En Chile, sobre el aporte y sus efectos, véase PUGA (2013), pp. 238-240 y RAZETO (2003), pp. 15-16. La simultaneidad en las prestaciones por parte de la sociedad y el socio aportante, la primera, obligada a entregar al socio la participación o derechos equivalentes al aporte, y el segundo, a pagar a la sociedad el valor del aporte prometido al constituirse o modificarse la entidad, se infiere además del artículo 3° de la Ley N° 18.046. La opinión unánime en la dogmática chilena, sostiene que la persona jurídica existe desde la fecha de la escritura, y los efectos de la inscripción y publicación del extracto se retrotraen a la época de la escrituración. La doctrina chilena se alinea con la tesis contractualista del aporte social, aunque la entrega del monto del aporte no sea de una sola vez sino diferida.

16 *Santa Lucía S.A. c/ Policastro* (1996), fallo de la Cámara Nacional de Comercio Argentina, en el cual, sin embargo, se dejó establecido la factibilidad de una promesa de “anticipos” bajo la ley de sociedades

e) Finalmente, la aportación del socio o accionista al capital social de la entidad, sea constitutiva o incremental, es una cláusula estatutaria, por medio de la cual un socio transfiere el dominio de un bien a la entidad. En cambio, los denominados avances de capital a cuenta de futuros no son constitutivos en plenitud de un aporte de capital, aunque su intencionalidad sea esa, toda vez que se realizan *sub conditione*, conforme se postula *infra*.

En suma, y conforme al artículo 375 del Código de Comercio, el aporte al capital social requiere ser efectuado por el socio. La indisolubilidad de la idea socio-aporte queda también en evidencia al tenor del artículo 4º N° 5), de la Ley sobre Sociedades Anónimas, cuando señala que “La escritura de la sociedad debe expresar: 5) ...; la forma y plazos en que los accionistas deben pagar su aporte...”. En cambio, los anticipos bajo análisis corresponden a un acuerdo previo a la operación de incremento de capital y extra estatutos, celebrado entre un socio o un tercero y la sociedad representada por su administración; es decir, y temporalmente, esta operación de financiación tiene lugar con anterioridad a la decisión de los socios o accionistas, e importan una transferencia inmediata de metálico a la sociedad, aunque empero, su suerte final depende de la decisión aprobatoria por parte de los dueños de la persona jurídica.

Aunque estos dos institutos presentan las diferencias antes anotadas, ellos se asemejan en la finalidad perseguida al contratarse, ya que tanto el acto de aporte como el acto de anticipo de capital a cuenta de futuros aumentos se encuentran constituidos por obligaciones de dar, cuya finalidad es dotar de capital de riesgo a la sociedad con cargo a futuras utilidades (pérdidas) traducidas en futuros dividendos, sea para el sujeto aportante o para el sujeto que realiza el denominado avance.¹⁷

anónimas de ese país, en cuanto que, los socios firmantes de un pacto con la sociedad destinado a afrontar ciertos gastos ocasionados por los bienes sociales, habían suscrito un compromiso (promesa) de contribuciones dinerarias periódicas, en virtud del cual el aportante sólo tendría el derecho de proponer la convocatoria de la asamblea, a fin de capitalizar los aportes efectuados.

17 VINCKEL (2017), pp. 4-5, y PUGA (2013), p. 172. Cuestión distinta ocurre con el denominado préstamo de socio o “cuenta corriente” de socio (en Francia *comptes courants d’associés*), figura de empréstito que conviene deslindarla de los “anticipos de capital a cuenta de futuras emisiones”. A pesar de que ambas figuras nacieron de la práctica mercantil como método de financiación societario o intra grupo de sociedades (operaciones de tesorería), soslayando así rigideces societarias, y sin tratamiento legislativo particular, los efectos jurídicos del préstamo o “cuenta corriente” de socio, son provistos por el derecho común y la legislación vecina al derecho bancario, esto es, del mutuo de cosas fungibles (artículos 2196 y ss. del Código Civil) y las operaciones de crédito de dinero, respectivamente, y no por el derecho societario, manifestando entonces, diferencias jurídicas radicales con el instituto de los *avances*. La operación de la “cuenta corriente” de socio, se somete a los principios que regulan el contrato de préstamo, no obstante la naturaleza variable del saldo, el cual refleja un avance en las utilidades de la sociedad, negocio donde es perfectamente admisible pactar una remuneración en base a intereses (diferente a dividendos), lo anterior, por aplicación de los artículos 2205 y 2206 del Código Civil y 12 de la Ley N° 18.010. Por el contrario, y según se analiza, los *anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos*, no son remunerados, pues se realizan como capital de riesgo empresarial condicionado a la existencia de utilidades (pérdidas) sociales (artículos 382 y 443 del Código de Comercio, artículo 11 de la Ley N° 19.857, y artículos 78 al 85 de la Ley N° 18.046).

Otro tanto puede señalarse respecto de la conmutatividad de las prestaciones de las partes, demandada en principio para ambos institutos, es decir: el socio o tercero entregará un monto de aporte o anticipo y la sociedad, por su parte, entregará participaciones o acciones que sean equivalentes en valor del avance recibido.¹⁸

1.5 Algunas dificultades del instituto

Los singulares rasgos de este método de financiación societaria, en el cual existen anticipos rápidos, entregados *ipso facto* y con anterioridad a la convocatoria y decisión formal de los socios o de la junta, han provisto material para la profusa discusión dogmática y jurisprudencial extranjera. Ello, a raíz de tensiones que eventualmente se generan entre los contratantes, en el lapso de tiempo que media entre la entrega del metálico hasta que se aprueba el aumento de capital. Si el anticipo en dinero es simultáneo a la decisión de los socios o de la junta de accionistas, no concurre esta exuberante figura financiera y por ende las tensiones entre las partes serían de otra índole.

La presión que este instituto comercial acarrea en este tiempo intermedio, puede provenir, entre otras razones, de:

a) la condición de controlador de la sociedad por quien efectúa dicho desembolso anticipado, controlador que puede intentar abusar de los socios minoritarios, eventualmente desconociendo posteriormente y en forma unilateral el contrato y pretender que fue un préstamo, arbitrio que pretenderá ubicar eventualmente a su crédito en mejor posición ante una crisis de pago de la sociedad;

b) el hecho que el controlador posiblemente abuse de la entrega de anticipos, con el fin de forzar aumentos de capital para incrementar su participación en la sociedad en el caso de que los minoritarios no se encuentran en condiciones de ejercer su derecho de suscripción preferente;

c) la circunstancia en que el socio controlador intente bloquear la capitalización del avance, sea por omisión en la convocatoria de la junta o mediante su voto de oposición en dicha instancia, y

d) otras veces, el “forcejeo” sobre este instituto proviene de la errónea u obscura contabilización de los avances en los libros del ente receptor, cuando se anota simplemente como pasivo, aunque bajo la denominación de anticipo de capital a cuenta de futuro aumento, o en ocasiones, contabilizando tales avances sujetos a una remuneración o interés, en circunstancias que la voluntad de las partes expresada en el título, establecía su condición de capital de riesgo y otras modalidades bajo esa dirección.¹⁹

18 LYON (2003), p. 196, reconoce en principio, conmutatividad en el contrato de aporte, es decir equivalencia entre el valor del aporte del socio y el monto de los derechos sociales que recibe a cambio, con la salvedad que la distribución de ganancias se convenga entre los socios sin proporcionalidad a dicho aporte, según la regla del artículo 2066 del Código Civil.

19 En este sentido, la contabilidad es un indicio importante de la voluntad de las partes, aunque la calificación jurídica de la operación dependerá mayormente del tenor del acuerdo suscrito entre

2. LA DISCUSIÓN DOCTRINARIA EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ANTICIPOS A CUENTA DE FUTURO CAPITAL

La figura de los anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos, contractualmente celebrada entre un socio o tercero y la sociedad y/o anotada en la contabilidad de esta última, ha intentado ser explicada en su naturaleza jurídica bajo diversas formas legales provenientes del derecho común.

2.1 Teoría del mutuo

La dogmática extranjera que propicia esta hipótesis señala, en rasgos generales, que al omitir el legislador esta figura de financiación societaria y sólo consagrar el contrato de aporte, el mal llamado aporte irrevocable a cuenta de futuros aumentos de capital no sería propiamente un aporte, conforme a su significado provisto por las leyes societarias. Dichos *anticipos*, por ende, tendrían la calidad de mutuos gratuitos, ya que se entregan fuera del ámbito de decisión del órgano de gobierno societario, no obstante la intención del socio o tercero que realiza el desembolso anticipado de participar del riesgo empresarial de la persona jurídica receptora.²⁰

En Argentina, la doctrina que sostiene esta hipótesis ha señalado que los mal llamados aportes a cuenta de futuras emisiones constituyen préstamos disfrazados y no técnicamente aportes dentro del sentido especial provisto por la ley societaria trasandina. Entonces, enfrentada esta figura de financiación societaria a su eventual anulabilidad, ya sea por no estar expresamente contemplada en la ley societaria o por no reunir los requisitos del objeto establecidos en la ley común, dicha dogmática trasandina estima plausible la conversión de un negocio nulo en uno válido (mutuo), acudiendo al principio de la buena fe de las partes contratantes y al interés práctico que ellas persiguen con esta operación de financiación. Concluyen, por ende, que al no encontrarse prohibido por las leyes, y siendo además útil y legítimo como mecanismo de provisión de recursos, este negocio jurídico no amerita ser invalidado, toda vez que su nulidad no beneficia a nadie, admitiendo su convalidación o confirmación (*utile per inutile non vitiatur*).²¹

En Chile, el artículo 1562 del Código Civil, aunque sólo como precepto interpretativo, permitiría la conservación del convenio de anticipo, por ejemplo, atendiendo la satisfacción de la finalidad o utilidad práctica proporcionada por el avance y la protección de terceros, empero, según se ha sostenido, que la cláusula interpretada sea nula.²² Sin embargo, en el ordenamiento chileno, no existe una norma

el socio o tercero y la administración de la sociedad, así se ha fallado por la Cámara Nacional de Comercio Argentina en *Santa Lucía S.A. c/ Policastro* (1996).

20 NISSEN (1995), pp. 93-101.

21 NISSEN (1995), pp. 93-94, SARMIENTO (2001), pp. 124 y ss. Este raciocinio recibió respaldo en un fallo argentino, *Žabala c/ Radio Familia* (1985).

22 LÓPEZ (1998), pp. 441-442 y LYON (2017), pp. 410-411.

general que sirva de sustento a la conservación del contrato, como tampoco existe una regulación general sobre la nulidad parcial, y finalmente, el artículo 1444 del Código Civil, no es considerado por la dogmática una base suficiente para impulsar una aplicación amplia del principio de la conservación del contrato.²³ De otra parte, el artículo 1684 del Código Civil, autoriza la convalidación de un contrato nulo relativamente.

Sin embargo, no compartimos esta tesis, ya que el mutuo de dinero se diferencia nítidamente del denominado anticipo irrevocable a cuenta de aumento de capital. El préstamo, en efecto, supone la existencia de un contrato por el cual se entrega dinero al mutuuario bajo un plazo de restitución, a cambio de una remuneración denominada interés, aspectos que no se contienen o son incompatibles con la figura analizada (artículo 2196 y artículos 2205 al 2209 del Código Civil, y artículo 1° de la Ley N° 18.010, sobre “Operaciones de Crédito y Otras Obligaciones de Dinero”).

Los anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos tienen una finalidad completamente distinta a la del préstamo (incorporarse al capital de la sociedad receptora), y no pueden –por lo mismo– convertirse en un mutuo por la voluntad unilateral de alguna de las partes. Así, la retribución del avance con vistas a ser capitalizado, consiste en el futuro y eventual derecho a dividendos, una vez aprobado por el órgano superior de la persona jurídica el incremento del capital. En cambio el préstamo de socio supone corrientemente el pago de un interés fijo.²⁴ A su vez, obtenido el *statu socii* por quien realiza el avance, no puede obtener el reintegro de su aporte, ahora consolidado en el capital social, sino al término y liquidación de la sociedad; mientras que en el contrato de mutuo, la restitución del capital se efectúa por el prestatario en la fecha pactada entre mutuante y mutuuario, sin esperar a la disolución de la sociedad.²⁵

En este sentido, la jurisprudencia argentina ha procurado dilucidar los límites entre el préstamo y los anticipos objeto de este trabajo, observando diversos factores diferenciadores que actúan de manera coordinada y complementaria:

- a) Primero, la determinación de quién es el sujeto que efectúa el avance;
- b) Segundo, la participación del socio o varios socios en aportes similares a la sociedad;

23 ELORRIAGA (2009), pp. 455-482, realiza una exposición exhaustiva sobre la nulidad parcial, reconociendo la ausencia de regla general sobre esta materia. MARTINEC (1968), p. 88, expresa que, si por aplicación del artículo 1444 del Código Civil “el negocio al cual falta un elemento esencial especial es absolutamente nulo o se convierte en otro [*conversión del negocio jurídico*] cuando una norma así lo establece”, evidenciando esta autora la dificultad de considerar incluido en el ordenamiento chileno en forma amplia, el instituto de la conversión del negocio jurídico (el énfasis corresponde al articulista).

24 DELPECH (2009), p. 3.

25 ALEGRÍA (1995), pp. 61-62, VINCKEL (2017), p. 6, y PUGA (2013), p. 172.

- c) En tercer lugar, la forma en que se contabiliza el anticipo; y
- d) Por último, el contexto económico en que este se realiza.

De este modo, si el avance fue realizado por un socio que previamente ha efectuado anticipos en forma de aportes de capital, el avance podría ser considerado nuevamente como un aporte de capital; y si otros socios simultáneamente realizaron aportes, esta conclusión se ve reforzada. Si a ello se le agrega el hecho de que la sociedad pasaba por una situación económica delicada a la fecha en que se incorporó tal avance de dinero a la caja social, la conclusión anterior quedaría aún más consolidada.²⁶

2.2 Teoría de la oferta irrevocable

En virtud de esta teoría, los denominados aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos deben ser considerados como un acto complejo aunque unido por una misma causa, en el cual se observan dos actos jurídicos interrelacionados:

a) Primero, consistente en una oferta unilateral y revocable formulada por el socio o tercero que realiza el anticipo en dinero a la administración de la sociedad, que se perfeccionará como contrato bilateral, en el momento que sea aceptada por dicha administración;

b) Segundo, deviene en el momento en que la administración social (directorío) acepta recibir la prestación consistente en el *anticipo* en metálico, perfeccionado así un contrato bilateral, renunciando de este modo a la revocación del anticipo.

En apoyo de esta teoría, García Cuerva señala que el anticipo ofrecido por el socio o tercero es actual y no futuro, pues, como su nombre lo indica, el desembolso anticipado es realizado por el sujeto de inmediato, incorporándose de igual forma al giro social.²⁷

Aunque esta hipótesis presenta una formulación que se aproxima a la realidad, a nuestro entender no satisface completamente la naturaleza del avance de capital a cuenta de futuros aumentos. Primero, porque la oferta se encuentra en una etapa anterior a la del contrato de anticipo irrevocable, toda vez que éste ya ha sido incorporado *praesenti* a la caja social. Segundo, porque la oferta sería un acto unilateral del socio o tercero sujeto a la aceptación del destinatario de la misma (artículo 97 del

26 En *Palacio del Fumador S.R.L* (1986), se decidió que el adelanto constituyó aporte de capital, ya que se acreditó que hubo al menos otro socio que realizó un aporte similar a la sociedad. El esfuerzo financiero de quien materializa el “avance” evidencia la expectativa de participar en las eventuales ganancias que arrojará la actividad societaria, en proporción al aporte inicial, y no un simple interés de obtener el reembolso del dinero. Tal expectativa perfila la distinción entre el mutuo y el aporte social, concluye la sentencia. En *Audisio C., c. Salerno* (1959), se resolvió que, concretado y probado el ingreso del dinero a la sociedad, el socio-administrador aportante, que ostentaba la vigilancia y control de la inversión como supuesto prestamista, no hizo su mayor esfuerzo para que dicha prestación dineraria fuera formalizada como mutuo. Por lo tanto, y no habiéndolo hecho, opera la presunción de que el avance de dinero se efectuó a título de aportación social.

27 GARCÍA CUERVA (1988), pp. 75-78.

Código de Comercio), mientras que la figura comentada, según se dirá *infra*, constituye un contrato bilateral entre el socio o tercero y la administración de la sociedad, en virtud del cual quedan vinculados jurídicamente, uno, a desembolsar de inmediato dinero al giro social, y el otro, a realizar los actos societarios internos destinados a que los socios o accionistas decidan el aumento capitalizando dicho anticipo.

2.3 Teoría del contrato *ad referendum* o sujeto a ratificación

Según esta hipótesis, el llamado aporte irrevocable es un contrato bilateral en cuya virtud la sociedad, a través del directorio, queda válidamente obligada para con el socio o tercero que realiza el desembolso anticipado, no obstante que dicho acto se encuentre sujeto a ratificación por parte de la junta. Esta ratificación orgánica interna de la entidad no obstaculiza la plena generación de los efectos del contrato de anticipo irrevocable en determinada extensión en lo que atañe a la persona jurídica.²⁸

La teoría, del contrato *ad referendum* constituye un esfuerzo notable para explicar esta figura. Sin embargo, en el sistema jurídico chileno la aplicación del instituto de la ratificación no se compadece con los actos celebrados por la misma persona (en este caso la sociedad), sino que sobre aquellos realizados por terceros (artículo 2160 del Código Civil).²⁹ En efecto, en la figura analizada la consolidación definitiva del anticipo a través de la aprobación del incremento de capital (ratificación) recae en el mismo sujeto que consintió en el contrato bilateral de anticipo a cuenta de futuras suscripciones, esto es la sociedad receptora, esta vez por intermedio de otro órgano con competencia distinta a la administración social en el caso de las sociedades de capital. En cualquier caso, la voluntad que finalmente expresan los dueños de la entidad se verifica *ex post facto*.³⁰

Por último, la teoría del contrato *ad referendum* tropezaría con los efectos futuros normales que se derivan de todo aumento de capital, en el caso de aprobarse por los socios o el órgano superior de la entidad, toda vez que los derechos políticos y económicos del socio o tercero ejecutor del anticipo no se retrotraerían a la época de realización del avance, sino que comenzarían a contar de la fecha de su capitalización formal.

2.4 Teoría de la compraventa de cosa futura

Esta hipótesis se asila directamente en aquellas normas del Código Civil que autorizan el negocio de cosas futuras. Se trata de la venta de una esperanza, o sea de un contrato aleatorio, por el cual el comprador (socio o tercero que realiza el *anticipo*)

28 ALEGRÍA (1995), p. 64.

29 El artículo 2160 del Código Civil regula la ratificación expresa o tácita en la representación voluntaria (mandato), es decir, la ratificación por parte del mandatario de un acto celebrado sin poder del representado o fuera del ámbito de atribuciones conferido.

30 BARRAU (2011), p. 7.

paga el precio acordado asumiendo el riesgo de que la cosa que debe serle entregada (derechos sociales o acciones) no llegue a existir.³¹

El contrato sobre cosa futura y la compraventa de cosa futura que no existe, pero que se espera que exista, se encuentran reglamentados en los artículos 1416 y 1813 del Código Civil. Esta última disposición legal, ubicada en la compraventa, ha permitido sostener que dicho contrato se entiende válido “bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte”. Sin embargo, nos parece que el artículo 1813 no se ajusta a la naturaleza de esta operación, ya que el negocio de avance no se encuentra sometido en cuanto a sus consecuencias jurídicas al alea, sino que, conforme sostendremos, a una condición suspensiva, incorporada en un contrato bilateral.

En efecto, en la figura que se analiza los derechos sociales o las acciones que la sociedad debe entregar al socio o tercero que realiza el desembolso anticipado aún no existen, dado que la instancia superior de la entidad no ha decidido su capitalización. No obstante, existirá un contrato bilateral conmutativo celebrado entre el sujeto que realiza el anticipo y la administración social, quienes detallarán y valorizarán el monto del aumento de capital que se propondrá al conocimiento de los socios o del órgano superior, la participación social actual y futura del sujeto que materializa el avance, el porcentaje de derechos o número de acciones que serán objeto del futuro aumento, su valor en relación al capital nominal y el plazo fijado para la realización de la convocatoria al órgano superior de la entidad.³² Es decir, el objeto de este tipo de negocio estaría cabalmente especificado, y la cosa objeto de la prestación por parte de la sociedad (participaciones sociales o acciones) es enteramente equivalente a la prestación del socio o tercero.

Como se dirá *infra*, el futuro aumento de capital constituiría una condición suspensiva incluida en un contrato bilateral conmutativo y sinalagmático, mas no la suerte, dado que la intención genuina de las partes consiste -por un lado- en que la suma anticipada por el socio o tercero sea destinada al giro y riesgo empresarial de la sociedad, mientras que -por el otro- la administración de la compañía se obliga a llevar a cabo todos los actos internos necesarios para que su instancia de decisión superior, si así lo estima, decida su capitalización.³³

2.5 Teoría del contrato condicional

Esta teoría, especialmente acogida por la doctrina española, señala que el anticipo en dinero a la sociedad se contrata bajo la condición suspensiva de que los socios o la asamblea de accionistas aprueben el aumento de capital, comprendiendo la capitalización de los avances ya verificados por el socio o tercero.

31 LENNON (1994), pp. 253-259.

32 Según las circunstancias, otras estipulaciones tales como subordinación de los créditos de terceros existentes al anticipo, cláusulas penales en caso de incumplimiento de la sociedad, pueden ser de extrema utilidad en caso de concurso de la sociedad.

33 ALESSANDRI (2004), pp. 28-29, sobre la excepcionalidad de los contratos aleatorios en el derecho chileno.

En adhesión a esta hipótesis, Cabañas y Machado expresan que, “el acuerdo se debe establecer como condición; más específicamente, el contrato se puede entender sometido a la condición suspensiva de que se adopte el acuerdo de aumentar el capital social.” En esta operación de financiamiento societario, señalan estos autores, se observan tres situaciones presentes en los contratos sujetos a condición suspensiva: 1) *conditio pendes*, fase posterior a la celebración del contrato entre el socio aportante o tercero y la sociedad, “en la cual no se ha realizado el evento [decisión del órgano superior societario], pero no es imposible que se realice”. Y continúan expresando: “La condición, por tanto, a la que se sujeta el contrato de suscripción de acciones futuras, es de tipo suspensivo, no obstante el desembolso anticipado de las mismas. Sobre estas cantidades la sociedad ostenta una titularidad *sub conditione*, en virtud de la cual podrá retenerlas durante la fase de pendencia, aunque sin facultad de disponer aún de ellas.” 2) Luego, deviene la fase de *conditio existit*, la cual agregan que se verifica “cuando la sociedad (rectius: el órgano competente de la misma) decida aumentar el capital en las mismas condiciones con arreglo a los cuales se verificaron los desembolsos, verificado dicho evento, las cantidades desembolsadas anticipadamente se consolidan definitivamente en su patrimonio, como contrapartida de la nueva cifra de capital.” 3) Por último, estos mismos autores advierten sobre la última fase de la operación que denominan *conditio defecit*, evento consistente en el incumplimiento de la condición suspensiva, por el cual la sociedad se constituye en deudora de la prestación de restitución de las sumas recibidas a título de desembolso anticipado, debido a que la retención de los *anticipos* pierde su causa, ya que el órgano superior competente de la sociedad ha decidido no aprobar el aumento de capital con cargo a los desembolsos anticipados.³⁴

2.6 Teoría del contrato “*sui generis*”

Existen autores que, consideran a esta figura de financiamiento societario como una institución comercial *sui generis*, atípica, que no engarza exactamente con otras instituciones del derecho común, y, por lo tanto, tiene un régimen operativo particular y distinto a las conocidas categorías generales.³⁵

2.7 Nuestra opinión

La figura en análisis presenta una aptitud singular como contrato de financiación societario rápido, extra estatutaria y distinta al aporte, por cuanto, según se advirtió *supra*, se invierte la normal secuencia temporal de un aumento de capital. Conforme se revisará, este instituto está sometido a un posible traspicé ante los socios o accionistas, lo cual dificulta su encasillamiento en las tradicionales instituciones del derecho común. A pesar de esta advertencia, coincidimos con la nítida posición planteada por Cabañas y Machado, Hernando y Dubois, al estimar este instituto como un contrato bilateral, conmutativo y condicional, celebrado entre un socio o

34 CABAÑAS y MACHADO (1995), pp. 61-73.

35 VITOLO (1994), pp. 112-113 y TOSI (2008), pp. 50-52.

tercero y la administración de la sociedad, naturaleza que se condice adecuadamente con la práctica y sistema legal chileno.³⁶

La condición suspensiva presente en este negocio de anticipo de capital a cuenta de futuro aumento, es simplemente potestativa del deudor (sociedad), y consecuentemente válida en nuestro sistema civil (artículo 1478, inciso 2° del Código Civil). No hay inconveniente legal en que el acreedor (socio o tercero) ejecute su prestación dineraria pendiente la prestación *sub conditione* de la sociedad (artículo 1485, inciso 2° del Código Civil). En el contrato perfeccionado entre el socio o tercero y la administración de la entidad, la obligación asumida por la sociedad deudora se encuentra supeditada a un hecho voluntario de ésta, dependiente no tan sólo de su mera voluntad, sino que adicionalmente, de la verificación o no de una serie de circunstancias, tales como la efectiva celebración legal de la junta, el ejercicio o no del derecho de suscripción preferente de los antiguos accionistas en forma parcial o total, del tenor del contrato de anticipo, entre otras.³⁷

En efecto, la sociedad, por intermedio de su administración, se ha obligado frente al socio o tercero a realizar sus mejores esfuerzos de convocar a los socios o al órgano superior decisorio, a fin de decidir sobre la capitalización del avance, hecho que, especialmente en las sociedades anónimas y, atenuadamente, en las sociedades por acciones, se encuentra dividida en competencias asignadas a distintos órganos (directorio, directores apoderados y junta de accionistas).³⁸ En esta figura, no hay una voluntad del ente social liberada a su capricho. Existe, por el contrario, una voluntad seria, esto es, el hecho definitivo y consolidador del anticipo en aporte de capital a cargo del órgano societario superior, que revela una voluntad compartida con varios motivos y circunstancias que se encuentran apartadas de una actuación caprichosa.³⁹

Si los socios o el órgano superior del ente aprueban el aumento de capital y deciden capitalizar el anticipo, se entiende cumplida su obligación que estaba sujeta a condición suspensiva, y así, el socio o tercero ejecutor del desembolso anticipado adquiere el *statu socii*. A su turno, si los socios rechazan la capitalización, o el directorio jamás convoca a la junta, pese a encontrarse obligado a hacerlo, o la junta destinada a pronunciarse sobre la capitalización del aporte no se celebra, pese a ser convocada por el directorio, cabe sostener que la condición suspensiva (hecho futuro generador del *status socii* en favor del sujeto que realiza el avance, artículo 1479 del Código Civil), se encontrará fallida. Frustrada la condición, el socio o tercero aportante, queda

36 CABAÑAS y MACHADO (1995), pp. 65-73, HERNANDO (2014-2015), pp. 501-503, y DUBOIS (1994), pp. 76-78.

37 HERNANDO (2014-2015), p. 503, apoyando el la naturaleza condicional del contrato de anticipo, expresa que, "...cuando no exista identidad subjetiva entre los administradores y los socios que hayan de decidir el aumento, no se podrá considerar que la eficacia de lo acordado queda al arbitrio de una de las partes".

38 CABAÑAS y MACHADO (1995), pp. 64-73 y 101.

39 PEÑAILILLO (2003), pp. 364-365 y VODANOVIC (2001), p. 239.

autorizado para reclamar a la sociedad la restitución de la suma adelantada (artículo 1482 del Código Civil).

Dicho lo anterior, si ahora observamos más detenidamente esta operación de financiación desde el ángulo de la sociedad (receptora del dinero), la entidad puede desaprobado la capitalización o incumplir el contrato de anticipo. Entonces, se pueden verificar dos situaciones:

a) Primero, si el aumento de capital con cargo al anticipo es desestimado por la entidad, la cual, concedora de las condiciones y términos del contrato acordado entre el socio o tercero y la administración social, decide en ejercicio de sus facultades legales no hacer uso de la opción de capitalizarlo, operan los efectos de la condición suspensiva fallida. La sociedad deudora, por ende, quedará sujeta a la obligación de restituir el dinero recibido del socio aportante bajo tal condición, toda vez que su retención en el patrimonio de la entidad ha perdido su causa, según abundaremos *infra*.⁴⁰

b) La segunda posibilidad viene dada por un incumplimiento imputable a la sociedad (falta de celebración de la junta en la época acordada, entre otros eventos), que, en nuestra opinión, hace operar los efectos del cumplimiento ficto de la condición, facultando al socio o tercero ejecutor del avance dinerario para demandar a la entidad el cumplimiento de la obligación; es decir la entrega de las participaciones sociales o acciones, a título de sanción a la buena fe generada en el sujeto ejecutor del anticipo. En este evento, la condición suspensiva no se frustra por un hecho natural, sino que por la intervención ilícita de la sociedad deudora o de sus socios en las circunstancias mismas del evento *sub conditione* (artículo 1481, inciso 2º del Código Civil). Analizamos más adelante y con más detalle estas situaciones.

Atendido lo anterior, cobra especial relevancia la escrituración apropiada del contrato de anticipo, a fin de que en el acuerdo se expliciten con detalle la cosa, la obligación de hacer de la entidad, pautas de operación de la condición suspensiva y sus efectos en escenarios de rechazo y aprobación del aumento, especialmente considerando la regla del 1483 del Código Civil. Sobre este aspecto, tratándose de sociedades cuyo capital se encuentra dividido en acciones, nada obsta a que dicha escrituración, sea incorporada en un pacto de accionistas, aunque sus efectos no empecerán a la sociedad (considerando que éstos vinculan estrictamente a los accionistas suscribientes), la cual decidirá soberanamente la capitalización del desembolso anticipado incluida en el pacto, conforme se profundiza *infra*.⁴¹

40 DUBOIS (1994), pp. 79-80, con el cual no concordamos, en cuanto a considerar la frustración de la capitalización como la operación de una condición resolutoria ordinaria para la sociedad, ya que ello importaría considerar que las obligaciones del contrato de avance habrían producido todos sus efectos, como si fueran puras y simples, pero hemos señalado que una de ellas, esto es, la obligación de hacer de la sociedad, no comenzará a producir sus efectos sino hasta la decisión positiva sobre la capitalización adoptada por los socios o accionistas.

41 ALEGRÍA (1995), p. 98, en derecho societario argentino, ha señalado que, es perfectamente viable que la figura de “anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos” se disponga en un pacto de accionistas, por ejemplo contemplando que los socios suscriptores del pacto, votarán favorablemente

3. CARACTERÍSTICAS SOBRESALIENTES DE ESTE INSTITUTO

3.1 Acerca de la irrevocabilidad del anticipo de capital a cuenta de futuros aumentos

A pesar de las tensiones que puede acarrear la figura bajo análisis, la dogmática y jurisprudencia extranjera viene en caracterizarlo como un negocio irrevocable para el socio o tercero que realiza el avance, sea porque así se ha pactado con la sociedad receptora, o bien, porque emana de la naturaleza de esta operación.

De esta forma, este instrumento de financiación contiene la intencionalidad del socio o tercero que verifica el avance en dinero y de la sociedad receptora del mismo, de que su monto pase a formar parte del capital social, mediante la emisión de nuevas participaciones sociales o acciones.⁴² En otras palabras, el avance se verifica por el socio o tercero con la finalidad inequívoca de participar del riesgo empresarial de la entidad receptora, de formar capital de riesgo, y en vista a la expectativa para el socio o tercero aportante de alcanzar los beneficios de socio, con todos sus derechos y obligaciones, lo cual ocurrirá sólo una vez cristalizado el aumento de capital cumpliendo con los requisitos legales del tipo societario de que se trate.⁴³

En el intertanto, o sea, antes de la deliberación sobre el aumento, el socio o tercero no puede reclamar anticipada y unilateralmente su devolución, lo que no excluye la posibilidad de que el negocio acordado pueda frustrarse y quede sin efecto según revisaremos *infra*.⁴⁴ El avance constituye un crédito del socio o tercero futuro suscriptor de capital, como acreedor de obligación de hacer, relación crediticia distinta a un préstamo, la que deberá compensarse con la deuda de aportación asumida por la administración de la sociedad, en la oportunidad que los socios o la junta aprueben el objeto del anticipo aumentando el capital social contra su valor.⁴⁵ Por lo anterior, hacemos hincapié respecto de que, la característica connatural irrevocable

el aumento, aunque advierte que “estos pactos no obligan a la sociedad y sólo generan una obligación de conducta de los firmantes y su responsabilidad extrasocietaria por su eventual incumplimiento”, en. En España y en sentido similar, CABAÑAS y MACHADO (1995), pp. 105-107. En nuestro medio, PUGA (2013), pp. 311-332, y VÁSQUEZ (2006), pp. 485-519, autores que adhieren al efecto meramente relativo de los pactos parasociales, no obligatorios para la sociedad.

42 Este trabajo no contempla la situación de aumento de capitalizaciones mediante el aumento del valor nominal de las acciones. De otro lado, aunque jurídicamente también es admisible que la capitalización de “avances” permita absorber pérdidas acumuladas de la sociedad, lo cual debe indicarse expresamente en el contrato de “avance” respectivo, tal situación no se aborda en este trabajo, donde se trata de aumentos por medio de emisión de nuevas participaciones sociales o acciones, que no tienen el atributo de eliminar pérdidas contables. A su vez, la capitalización de reservas, consideradas tales por los socios o la junta, difiere de la capitalización de “avances” a cuenta de futuros aumentos, toda vez que aquellas no están esencialmente destinadas a ser capitalizadas, en cambio los “anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos”, siempre lo están.

43 GARCÍA CUERVA (1988), p. 71.

44 GRISPO (2017), pp. 87-100.

45 CABAÑAS y MACHADO (1995), p. 18 y HERNANDO (2014-2015), pp. 506-507.

de esta figura no es absoluta, sino que condicional, pues el sujeto que realiza el anticipo adquirirá su calidad de socio o incrementará su participación y las sumas de dinero adelantadas se convertirán definitivamente en capital de la persona jurídica, una vez que los socios unánimemente o la junta con los quórums legales, adopten soberanamente la decisión de aceptar la capitalización de los avances, emitiendo las correspondientes participaciones sociales o acciones.

El carácter irrenunciable del avance sujeto a condición suspensiva puede ser dilucidado a través del recurso interpretativo del documento que lo recoja. Así, en derecho chileno, las reglas de interpretación de los contratos contempladas en los artículos 1563, inciso 1º, 1564, inciso 1º y 1546 del Código Civil, pueden justificar la aplicación de la regla de irrenunciabilidad de este negocio de financiación.⁴⁶ Si a lo anterior se agrega la verificación de que la sociedad se encuentra en disposición y dirigida materialmente hacia un aumento de capital efectivo, a través de los actos tipificados en las leyes societarias (convocatoria de la junta, escrituración del acuerdo aprobatorio, etc.) la naturaleza irrevocable de este instituto se confirma.

Entre el socio o tercero y la sociedad, puede acordarse explícita o implícitamente la inconvertibilidad de dicho avance en préstamo. En tal sentido, un acuerdo de anticipo sin pago de intereses y/o sin un plazo de restitución del avance, se cobija naturalmente bajo la figura en análisis. Asimismo, el avance verificado por un socio a cuenta de una futura suscripción confirma su carácter irrevocable, cuando éste es a su vez controlador o administrador de la sociedad receptora; máxime si en el inicio de la relación jurídica con la entidad receptora no tomó recaudo ninguno para formalizar la operación como mutuo de dinero.⁴⁷

El carácter irrevocable del instituto, presenta una dificultad adicional cuando es un tercero quien realiza estos desembolsos anticipados. En este caso, el tercero no participa en la sociedad, careciendo de derechos políticos propios de la condición de accionista y, especialmente, de la posibilidad de instar a la convocatoria del órgano de gobierno que decida la capitalización, y de ejercer los derechos de información que le permiten, por ejemplo, anticipar un evento de concurso. En ésta situación, la frustración de la capitalización del avance a cuenta de futuros aumentos ha sido discutida y resuelta por la dogmática y por la jurisprudencia argentina, declarando:

a) La obligación de la sociedad de realizar el aumento de capital con cargo al anticipo, o bien,

b) En eventos de concurso, admitir al tercero verificar en el procedimiento de insolvencia de la sociedad como acreedor subordinado a los quirografarios de la masa concursal.⁴⁸

46 LÓPEZ (1998), pp. 389-407, 436-462 y BOETSCH (2011), pp. 130-135.

47 *Palacio del fumador SRL* (1986) y *Helvetia S.A. s/liquidación s/inc, revisión por Proligar S.A.* (2002).

48 *Angeleri c/ Szyszkowski Elba y otros*, (1994) y en TOSI (2008), pp. 84-86. En el evento que el tercero demanda la verificación del crédito al solo efecto de evitar contribuir a las pérdidas de la sociedad en cesación de pagos.

Entre nosotros, esta última solución es discutible, pues si se atiende a la naturaleza condicional del acuerdo bajo análisis, un incumplimiento de la obligación de hacer que correspondía a la sociedad (por ejemplo, omisión de convocar a junta para decidir el aumento), confiere al acreedor diligente el derecho a demandar en el procedimiento concursal la restitución inmediata del valor del anticipo, en razón de la pérdida de causa de la retención para la entidad, ello a través de la verificación de su crédito en el carácter de valista (artículos 70, 170 y 179 de la Ley N° 20.720).

En nuestra opinión, los remedios de la jurisprudencia trasandina, que aborda el perjuicio que sufre un tercero debido a la frustración de la capitalización acordada con la sociedad, derivada no del natural fallo de la condición suspensiva (con la salvedad del concurso de acreedores antes anotada), también podrían ser aplicados en forma análoga al accionista minoritario que realiza un avance, basándose en el principio de la buena fe y su doble función integradora e interpretativa de las reglas positivas.⁴⁹ En consecuencia, si las conductas de la entidad hacia dicho socio minoritario han sido desleales y contrarias a la buena fe, o ejercitadas abusivamente y/o de manera arbitrariamente contradictoria con el contrato de anticipo, el socio minoritario, podría adicionalmente reclamar la sanción que se deriva de la aplicación del artículo 1481, inciso 1° del Código Civil, esto es, el cumplimiento ficto de la condición suspensiva, aspecto sobre el cual volveremos luego; y todo sin perjuicio de su derecho a reclamar la restitución del valor del avance, atendida su pérdida absoluta de causa.

A fin de comprender en mayor profundidad la característica irrevocable de este instituto, es interesante conocer la forma en que ella ha sido abordada por diversas sentencias judiciales extranjeras, acudiendo al principio de la buena fe como tal, a través de su manifestación en el principio *venire contra factum proprium non valet*, y en la doctrina del abuso de la personalidad jurídica.⁵⁰ En el caso de Argentina, esta característica de la figura revisada puede advertirse en los casos *Shojjet, Mirtha Susi v. Silean S.A. y otro*, en *Helvetia S.A. s/liquidación s/inc, revisión por Proligar S.A.*, y en *Angeleri Szabo Marta E. c/ Szyszkowski Elba H. y otros*.

Así, en el primer caso citado se acude al principio de la *doctrina de los actos propios*, expresando el tribunal, que la figura bajo análisis surge cuando un socio entrega en calidad de aporte a una sociedad dinero:

49 TOSI (2008), p. 79 y BOETSCH (2011), pp. 61-72 y 115-123, este último quien, en nuestro medio, destaca abundantemente las funciones integradoras e interpretativas del principio de la *buena fe*, especialmente en los casos de ausencias de reglas específicas o lagunas, con la finalidad de proveer soluciones satisfactorias y justas a los conflictos emergentes en relaciones contractuales.

50 *Alegría con Jorquera* (2010), se señaló por nuestra Corte Suprema, un concepto sobre la doctrina de los hechos propios: "... principio general del derecho que precisa que nadie puede obrar en contra de sus anteriores actuaciones creadas de una relación o situación de derecho que se han comprometido a respetar, de manera que en modo alguno sus consecuencias jurídicas pueden ser modificadas o extinguidas (...) obrando así en contra de la buena fe que debe presidir el cumplimiento de las obligaciones válidamente contraídas". También, PADILLA (2013), pp. 135-183, EKDHAL (1989), pp. 67-73 y UGARTE (2012), 699-721.

está renunciando a la posibilidad de volver sobre sus pasos y reclamar la restitución de lo aportado, ello por cuanto el destino del “avance” había sido el capital de riesgo de la sociedad receptora, lo cual no puede ser afectado por la pretensión del socio “aportante” de convertir arbitraria y unilateralmente la operación de “avance” a cuenta de futuros aumentos de capital en un préstamo.⁵¹

En el segundo caso judicial señalado, un socio controlador realizó un avance en dinero destinado a capital de riesgo reclamando posteriormente su restitución por cuanto la sociedad liquidada no procedió a aumentar su capital, a pesar de haber recibido el paquete accionario equivalente al monto del anticipo. Dijo aquí el tribunal:

era facultad [del accionista controlador] convocar a la asamblea para proceder al aumento de capital y emitir las acciones correspondientes, ello por cuanto implicaría un excesivo rigor alegar el incumplimiento de formalidades legales que el propio interesado pudo haber realizado.⁵²

Finalmente, en *Angeleri Szabo Marta E. c/ Szyszkowski Elba H. y otros s/modificación de contrato y rendición de cuentas*, los sentenciadores, aplicando la “doctrina del abuso de la personalidad jurídica”, señalaron:

tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, cuyos únicos socios e integrantes del órgano de administración estaban al corriente (o debían estarlo), del aporte dinerario realizado por uno de ellos, no pueden legítimamente escudarse en el incumplimiento de las formalidades legales para la modificación del contrato social, con el objeto de evadir las consecuencias del aporte irrevocable del capital concretado por aquél, amparándose exclusivamente en las consecuencias de la personalidad jurídica de la entidad. Ante esta situación, es preferible prescindir de esa personalidad jurídica e imputar las consecuencias del acto jurídico celebrado por uno de los socios a la sociedad misma, cual si hubiesen sido cumplidos los actos necesarios para la satisfacción de la finalidad última de aquel acto, que no puede ser otro que la incorporación de la actora en la proporción que corresponda al aporte realizado de acuerdo con la voluntad expresada -explícita o implícitamente- por la totalidad de los integrantes de la sociedad.⁵³

En España, la irrenunciabilidad del adelanto de capital a cuenta de futuros aumentos, también ha sido objeto de jurisprudencia reciente por parte del Tribunal

51 *Shojjet, v. Silean S.A. y otro* (1992), *Ganga, c/La Rectora Compañía Argentina de Seguros SA* (2004), este último fallo también sobre la “doctrina de los actos propios”, pero esta vez a propósito de la aportación de un inmueble.

52 *Helvetia S.A. s/liquidación s/inc, revisión por Proligar S.A.* (2002).

53 *Angeleri c/ Szyszkowski y otros* (1998).

Supremo, en el caso *Inversiones Dogarmater, S.L. con Teruel Termal Desarrollos, S.L.* A raíz de un pacto suscrito por dos sociedades de responsabilidad limitada, incumplido por una de ellas al no aumentar el capital social hasta por el monto de las sumas de dinero estipuladas en el pacto, el tribunal expresó:

nos hallamos ante un pacto de socios..., con el fin de llevar a cabo un proyecto urbanístico que se pretendía desarrollar, pero a través de un modo de financiación concreto como era mediante una ampliación de capital social de la compañía Termal Desarrollos, S.L., que debía llevarse a cabo en cuatro fases. Operación no desconocida en las legislaciones y la jurisprudencia de nuestro entorno (Italia, Alemania y Francia) que se refieren a los desembolsos anticipados o a cuenta de un futuro aumento de capital (versamenti in conto futuro aumento di capitale), que de no formalizarse, las cantidades anticipadas no pueden seguir en el patrimonio social y deben ser restituidas de inmediato al aportante, por ser una aportación sin causa.” Y remata el sentenciador: “... aunque se aceptara la tesis según la cual el pacto de socios no era válido, por no haber sido suscrito por todos los que figuraban en el documento, igualmente vendría obligada a la devolución del importe, de lo contrario, la entrega de dinero supondría un pago de una obligación inexistente (pago de lo indebido).⁵⁴

La aplicación de estos principios, por parte de los tribunales transandinos y españoles, han procurado impedir la conducta del sujeto que, habiendo desembolsado anticipadamente dinero con la finalidad de dotar de mayor capital a la sociedad, se desligue injustamente de lo acordado, bien sea, para destinarlo a una finalidad distinta a lo estipulado en el acuerdo de anticipo, o para obtener *a posteriori*, un tratamiento financiero o concursal más favorable que aquel que recibía el avance de capital, frecuentemente invocando un mutuo.

Con todo, si la decisión adoptada en el nivel societario más alto es rechazar el aumento de capital, la irrevocabilidad del anticipo cae y se genera, según se revisa enseguida, el derecho del socio o tercero a exigir la restitución del avance a consecuencia de la operación de la condición suspensiva fallida.

3.2 Sobre la autonomía de la junta ante el contrato de avance

Hemos dicho *supra* que la sociedad, en su nivel decisorio máximo, no se encuentra “atada” por razón de la irrevocabilidad de este método de financiación. Por el contrario, legal y estatutariamente, le corresponde decidir autónomamente la conveniencia o no de llevar a cabo la capitalización propuesta, mientras que a los accionistas individualmente considerados les compete decidir ejercer o no su derecho de suscripción preferente, circunstancias que conforman el hecho voluntario condicional dependiente del deudor.⁵⁵

54 *Dogarmater, S.L. con Teruel Termal Desarrollos, S.L.* (2014).

55 ARAYA y ARAYA (2013), pp. 749-782, autores con los cuales coincidimos, en cuanto los anticipos por su propia naturaleza de inmediatez y velocidad, son aceptados por la administración de la entidad

En nuestra opinión, y a fin de atenuar esta “contingencia” propia de la condición suspensiva a que se encuentra sometida la obligación de la sociedad deudora, puede admitirse que el controlador suscriba en su calidad de accionista el convenio de avance conjuntamente con el socio o tercero y la administración social, obligándose el socio controlador a aprobar la capitalización y renunciando total o parcialmente al ejercicio de su derecho de suscripción preferente. De esta forma, se dotaría al contrato de anticipo de una mayor protección en favor del acreedor, y el incumplimiento del acuerdo con ocasión de la decisión que adopte el socio controlador en la junta podría dar lugar a una acción de perjuicios en contra de este último (artículo 1489 del Código Civil).

El eventual obstáculo presente en esta figura, en cuanto a la presencia de una obligación condicional dependiente de la voluntad de la sociedad receptora del avance (la que puede decidir no capitalizarlo, a raíz del ejercicio total o parcial del derecho de suscripción preferente conferido a los antiguos accionistas), se reflejaría en la aparente restricción temporal al ejercicio del derecho de suscripción preferente de nuevas acciones (artículos 25 de la Ley N° 18.046 y 26 del D.S. N° 702, sobre Reglamento de Sociedades Anónimas), a contar de la fecha de celebración de la junta extraordinaria de accionistas que decida afirmativamente sobre el aumento de capital. No obstante este posible escollo, y adhiriendo aquí a la opinión de Puelma, consideramos que si los accionistas de una sociedad anónima cerrada unánimemente establecen una forma de renuncia al ejercicio de este derecho de suscripción preferente distinta a la legal, tal acuerdo sería válido, ya que las normas sobre esta materia tienen por finalidad únicamente protegerlos, allanándose así, el camino destinado a otorgar mayor certeza a la figura en estudio.⁵⁶

Ahora bien, en el caso de las sociedades por acciones, sus accionistas se encuentran facultados por la ley para establecer, en el estatuto social, la facultad de renunciar al ejercicio del derecho de suscripción preferente de futuras acciones, o incluso de no efectuar oferta preferente a los antiguos accionistas (artículo 439 del C. de Comercio), lo cual facilita la eficacia de este mecanismo de financiamiento societario externo.

3.3 Sobre la restitución del anticipo

Hemos señalado que el contrato de anticipo a cuenta de futuros aumentos de capital, se encuentra sujeto a la condición suspensiva de que los socios o la junta, aprueben la capitalización del *avance*. Dicha condición pactada *a priori* entre el sujeto que verifica el avance y la administración social (artículos 1483 y 1484 del Código Civil), normalmente irá acompañada de un plazo máximo para la aprobación del aumento de capital.

y no necesaria e inmediatamente por los dueños del capital constituidos legalmente a través de la unanimidad de los socios o a través del órgano máximo decisorio, según corresponda, evento este último que verificado, expresará completamente la voluntad de la persona jurídica.

56 PUELMA (2003), p. 534.

De tal forma que, si la condición suspensiva se cumple, es decir, si los socios o la junta de accionistas aprueban oportunamente la capitalización del *anticipo* conforme al contrato celebrado, se procederá a la consiguiente reforma de estatutos sociales aumentando el capital, y a la suscripción de participaciones sociales o acciones según el tipo societario de que se trate. En este caso, no cabe restitución del anticipo.

Sin embargo, dentro de la amplia libertad de los socios o accionistas de aprobar la referida capitalización en el plazo máximo convenido, ésta puede frustrarse atendidos variados motivos y circunstancias normales:

- a) Porque los accionistas ejercen su derecho de suscripción preferente de nuevas acciones copando el monto del aumento de capital propuesto;
- b) Debido a que los socios o accionistas efectúan una contraoferta;
- c) Los socios rechazan la capitalización por motivos financieros o de interés social.

En estos eventos, sobre rechazo de la operación por parte de la sociedad, ésta deberá restituir totalmente su valor por operar una condición suspensiva fallida, evento incierto que ha sido consentido previamente por los contratantes como una posibilidad del negocio de financiación programado (artículo 1482).⁵⁷ En estas hipótesis no existe incumplimiento de la obligación de hacer por parte de la sociedad, sino la frustración normal de la obligación *sub conditione*. Entonces, el fallo de la condición suspensiva autorizará al socio o tercero a reclamar la restitución del monto del desembolso anticipado, y consecuentemente, obliga a la sociedad a devolverlo, pues se ha frustrado en ésta última su prestación de hacer, desapareciendo el propósito de la operación de financiación (artículos 1479 y 1482 del Código Civil), perdiendo su causa la retención del monto del avance por parte de la organización.⁵⁸

En cuanto al valor de la restitución por parte de la sociedad, por causa del crédito originado en favor del socio o tercero producto del evento de la condición suspensiva fallida, éste se determina recurriendo al contrato celebrado y a las anotaciones contables realizadas, reembolso que deberá realizarse debidamente reajustado entre la época de la entrega del anticipo y la fecha de la condición suspensiva frustrada. Es decir, sólo en aquel monto en que la sociedad se hubiere enriquecido a costa del socio o tercero que ha realizado el avance, enfrentada ésta a la frustración de la condición suspensiva, debe serle restituido.⁵⁹ Ahora bien, considerando que el anticipo se ha realizado a título de capital de riesgo, en el caso eventual de mora en la devolución del monto del avance en el plazo acordado por los socios o accionistas, éste debe restituirse con intereses moratorios.

Sin embargo, puede ocurrir que el aumento de capital propuesto por la administración de la sociedad no llegue nunca a verificarse, por causas distintas al rechazo legítimo de los accionistas reunidos en junta antes revisado, y así, la frustración

57 VODANOVIC (2001), p. 249 y CABAÑAS y MACHADO (1995), pp. 103-104.

58 CABAÑAS y MACHADO (1995), p. 104 y VODANOVIC (2004), p. 249.

59 CABAÑAS y MACHADO (1995), pp. 126-128.

de la capitalización del avance podría acontecer en razón de eventos de incumplimiento imputable a la entidad respecto de su obligación de hacer bajo condición. Así sucederá cuando la sociedad no realiza los actos legales necesarios para reunir a los socios o convocar a la junta, o con ocasión de verificarse la aprobación del aumento de capital más allá del plazo prefijado contractualmente; o bien cuando la sociedad, no obstante decidir capitalizar el avance, aprueba el aumento en forma distinta a lo estipulado en el contrato de anticipo, afectando el porcentaje de participación o número de acciones asignada al socio o tercero en el respectivo acuerdo dentro de las facultades que disponía el directorio.⁶⁰

Entonces, frustrada en principio la obligación sujeta a condición suspensiva por causa imputable a la entidad, pueden generarse las consecuencias asignadas por la regla del artículo 1481, inciso 2° del Código Civil, denominada cumplimiento ficto de la condición, reputándose ésta cumplida.⁶¹ La imputabilidad tendrá lugar cuando la sociedad deudora no hubiese cooperado o hubiese arbitrado medios ilícitos para que la condición no se cumpla, es decir, haber ejecutado actos u omisiones contrarios a la buena fe, constitutivos de mecanismos que, pudiendo ser legales, fueron realizados con el fin de impedir u obstaculizar el cumplimiento natural o frustración fortuita de la condición; de ahí precisamente su ilicitud.⁶² Tal sería el caso, por ejemplo, de inactividad o de entorpecimientos y manipulaciones positivas de los administradores y/o de los socios o accionistas, para reunirse o formar los quórum legales de la junta en el plazo acordado (a pesar de la citación formulada por la administración o el directorio). En tal evento, de cumplimiento ficto de la condición, el acreedor condicional del anticipo podrá demandar en contra de la sociedad el cumplimiento, incluso forzado, de la obligación de hacer, cual es, la entrega de las participaciones sociales o acciones acordadas.⁶³

Finalmente, cabe agregar que, en los casos de restitución del anticipo, no corresponde efectuar disminución de capital alguno, ya que el valor del avance dinerario no alcanzó a integrarse al capital estatutario de la entidad, pues la operación se frustró sin consolidarse aquella suma en su patrimonio neto. En consecuencia, en

60 En el caso *Dogarmatex, S.L. con Teruel Termal Desarrollos, S.L.* (2014), citado *supra*, el Tribunal Supremo declaró que la junta general llamada a acordar el aumento de capital con cargo al *anticipo* recibido, nunca fue convocada ni se realizó, procediendo la restitución de este anticipo, por haber perdido su causa. Ver en HERNANDO (2014-2015), p. 503, quien adhiere a la decisión de este fallo.

61 VODANOVIC (2001), p. 233, PEÑAILILLO (2003), pp. 370-373 y PEÑAILILLO (1985), pp. 6-36, autores quienes, entre otros, consideran que esta regla es de aplicación general a las obligaciones y no solamente a las asignaciones testamentarias como pudiese pensarse de su tenor.

62 PEÑAILILLO (1985), pp. 16-29, destaca lúcidamente que, la ilicitud de los medios no se refiere solamente a la comisión de actos delictuales o dolosos, sino que comprende además, el ejercicio *ilegítimo* de un derecho, cuál es en la figura revisada, si la sociedad deudora y/o sus dueños, ejercitaron su derecho con el propósito de obtener el fallo de la condición suspensiva, esto es, no capitalizar el *anticipo*, finalidad ilícita que contamina el medio empleado.

63 En HERNANDO (2014-2015), pp. 511-513, se aprecia un desarrollo de la responsabilidad económica que podría afectar a los administradores, por omisión imputable a éstos, en cuánto a la obligación de convocar a junta para decidir la eventual capitalización del anticipo.

las sociedades anónimas cerradas y en las sociedades por acciones, será la junta que decidió rechazar la capitalización del desembolso anticipado la que deberá ordenar, simultáneamente, la restitución del mismo, sin efectuar disminución de capital alguno.

4. ASPECTOS FINANCIEROS Y TRIBUTARIOS APLICABLES A ESTA FIGURA

4.1 Acerca de su faz financiera

En nuestra opinión, los anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos deben anotarse coherentemente en una cuenta transitoria del patrimonio acompañada de una nota a los estados contables (por ejemplo, indicando las condiciones y plazos del contrato hasta su formalización en capital).⁶⁴ Es decir, deben registrarse sin aún contabilizarse en la cuenta de capital, considerando que la reforma de estatutos que capitalizaría dichos desembolsos anticipados no se ha concretado de un modo que autorice a reflejar un incremento del patrimonio neto social.

Asimismo, somos de la opinión de que tales desembolsos anticipados no deben ser contabilizados en el pasivo exigible, dado que no constituyen un préstamo.⁶⁵ Según ha quedado demostrado, el avance aspira concretamente a transformarse en capital del ente receptor, sea por la intención escrita de las partes y/o por la naturaleza de la figura, constituyendo recursos propios de disponibilidad restringida para la sociedad, debido a que se encuentran en tránsito hacia su posible consolidación. Por lo tanto, la entidad se encuentra obligada a retenerlos, pues, aún cuando se dirigen al patrimonio neto, eventualmente, están afectos a su devolución. Jurídicamente, recordemos, el socio o tercero titular del *anticipo* en dinero es un acreedor actual de la capitalización convenida con la administración de la entidad (derechos sociales o acciones), y simultáneamente es también un acreedor eventual del monto anticipado, el cual debe restituírsele en caso que se frustre el aumento.⁶⁶

La anotación contable de esta figura en una cuenta de patrimonio transitorio, otorga claridad y certeza a los acreedores sociales, impidiendo su confusión con el pasivo de la sociedad, lo cual permite a estos terceros un preciso enfoque financiero y/o tomar resguardos en el caso eventual de desafectación de la referida cuenta, por causa del fallo de la condición suspensiva incluida en el contrato de anticipo.

64 La anotación del anticipo dinerario debiese alojarse en una cuenta del patrimonio ubicada en activo caja o banco, con una contrapartida equivalente en el pasivo, supeditada a la aprobación de la respectiva capitalización del mismo.

65 HERNANDO (2014-2015), p. 500, manifiesta que, la función económica de la contabilidad, ha sobrepasado su función registral, ello frente a exigencias derivadas de la epistemología, que reclaman el *nomen iuris* “concedido por las partes o la forma jurídica adoptada”, apreciación con la cual coincidimos.

66 GARCÍA (2000), p. 22, y PUGA (2013), p. 172, este último quien, hace la diferencia entre provisión de recursos dinerarios en *cuenta corriente* de socio o préstamo de socio y anticipo a cuenta de futuros aumentos, pero admite la dificultad de entregar una respuesta concluyente.

4.2 Sobre la norma tributaria

La realidad contable o financiera de esta esta figura descrita *supra*, no ha sido recogida por nuestra Ley de Impuesto a la Renta (D.L. N° 824, de 1974, modificado por la Ley N° 20.899, del año 2016, aunque sin prohibirla, la restringió.⁶⁷ El actual artículo 41 de la Ley de Impuesto a la Renta señala, en lo pertinente, que “Formarán parte del capital propio los valores del empresario que hayan estado incorporados al giro de la empresa”, de manera que, hoy en día, se requiere que los bienes que aporte el empresario o socio a la sociedad, a cualquiera título, sean incorporados al capital social mediante las formalidades propias de la reforma de estatutos según el tipo social que corresponda (Circular Nos. 15, de 17 de marzo de 2014, y 44, de 12 de julio de 2016, del Servicio de Impuestos Internos).

A pesar de esta mayor rigidez fiscal al tráfico, que tiene aparentemente propósitos de eficiencia recaudatoria (especialmente tratándose de la reinversión de utilidades) y que presiona para que esta figura de financiación se formalice a través del respectivo aumento de capital, con miras a que no permanezca indefinidamente en el patrimonio de la sociedad, la norma citada no prohíbe ni afecta la validez del instituto. Únicamente, la ha comprimido para los fines del cálculo del capital propio de la sociedad (corrección monetaria) y del costo tributario del aporte del socio o empresario en el evento de su enajenación.

CONCLUSIONES

a) La figura de financiación societaria conocida como anticipos de capital a cuenta de futuros aumentos, obedece a una necesidad comercial antigua no contemplada en nuestras leyes societarias, ni tampoco prohibida. A través de ella, un socio o tercero anticipa irrevocablemente dinero a una sociedad, previo acuerdo con la administración de la entidad, generándose a su favor una expectativa de *statu socii*.

b) Este negocio singular constituye un contrato bilateral, sujeto a condición suspensiva dependiente de un hecho voluntario del deudor, cual es que, los socios o la junta decidan el aumento de capital con cargo al monto del avance recibido. Dicha condicionalidad es aceptada por la disciplina del derecho civil, y no es repelida por el derecho de sociedades, de manera que su utilización, en todo el espectro de personas jurídicas civiles y mercantiles, puede ser amplia.

c) La característica irrevocable de este instituto emana del acuerdo mismo o de su naturaleza, toda vez que el valor del anticipo persigue integrarse al capital empresarial de la entidad receptora. A su vez, la disponibilidad de los recursos adelantados a la sociedad es restringida, ya que son recepcionados por ésta *sub conditione*. Frustrada la capitalización del anticipo, la entidad queda irremediablemente obligada a restituir su valor debido a que la retención del mismo pierde su justificación.

d) La ambigüedad u oscuridad de la redacción del contrato y/o su contabili-

67 El D.L. N° 824, en su artículo 41 N° 9, señala: “Para estos efectos se considerarán aportes de capital todos los haberes entregados por los socios, a cualquier título, a la sociedad de personas respectiva”.

zación, puede perjudicar a cualquiera de las partes del acuerdo de avance, de paso, también dañaría la confianza de los acreedores, quienes ejerciendo un control *ex post* sobre la información de la sociedad deudora, verían conculcados sus derechos. No obstante, este problema, puede ser razonablemente abordado por el juez, tomando en cuenta la naturaleza de esta figura. Por aplicación de las normas sobre interpretación de los contratos y de diversos principios jurídicos, cobijados bajo el principio de la buena fe contractual, puede impedirse que el socio o accionista o la sociedad modifiquen unilateralmente el curso de acción convenido, destinado a incorporar irrevocablemente estos desembolsos anticipados en capital social, sin afectar a los acreedores.

e) La contabilización de esta figura corresponde a una cuenta transitoria patrimonial con tendencia a convertirse en capital, constituyendo una simplificación carente de fundamento jurídico su registro en una cuenta de pasivo, lo que desnaturaliza este mecanismo de financiación. Finalmente, la normativa tributaria vigente aborda esta figura indirectamente, pues, sin mencionarla, realiza sobre ella una presión importante, a fin de que el avance de dinero efectuado a una sociedad con vocación de capital, sea formalizado indefectiblemente a través del respectivo aumento.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEGRÍA, Héctor (1995). “Nuevas reflexiones sobre aportes a cuenta de futuras emisiones”, *Revista de Derecho Comercial* (Buenos Aires, Depalma), pp. 15-98.
- ALESSANDRI, Arturo (2004). *De los contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ARAYA, Miguel, y ARAYA, Tomás (2013). *Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital, Tratado de los conflictos societarios* (Buenos Aires, AbeledoPerrot), pp. 749-782.
- BARRAU, María (2011). *Derecho societario registral* (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc), pp. 5-21.
- BOETSCH, Cristián (2011). *La buena fe contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CABAÑAS, Ricardo y MACHADO, José (1995). *Aumento de capital y desembolso anticipado* (Madrid, Civitas).
- CABAÑAS, Ricardo, y MACHADO, José (2011). *Artículo 154. Aumento con aportaciones dinerarias, Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, coord. Ignacio Arroyo y José Miguel Embid (Madrid, Tecnos), pp. 1598-1611.
- DELPECH, Xavier (2009), “Compte courant d’associe”, *Repertoire de droit de sociétés*, (París, Dalloz), pp. 1-20.
- DUBOIS, Eduardo M. Favier (1994). *Negocios parasocietarios en Apostillas provisorias (a cuenta de futuras investigaciones) al instituto de los ‘aportes irrevocables’ (a cuenta de futuras emisiones)*, dir. Favier Dubois, (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc), pp. 71-87.
- EKDAHL, Fernanda (1989). *La doctrina de los actos propios* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ELORRIAGA, Fabián (2009), “La nulidad parcial”, en *Doctrinas Esenciales*, dir. Raúl Tavolari (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 455-482.
- GARCÍA CUERVA, Héctor (1988). *El contrato de suscripción de acciones* (Buenos Aires, Depalma).
- GARCÍA, Oscar (2000). “Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital”, *Revista de las sociedades y los concursos*, N° 2, Enero-Febrero (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc), pp. 15-30.
- GRISPO, Jorge Daniel (2017), “Capitalización de aportes irrevocables a cuenta de futura suscripción de acciones”, en *Enfoques* N° 2, (Buenos Aires, La Ley), pp. 87-100.

- HERNANDO, Luis (2014-2015), “La preparación y la ejecución de la ampliación de capital. El pago anticipado a cuenta de un aumento futuro y otras formas jurídicas de financiación en las sociedades de capital. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 3 de septiembre de 2014 (núm. 446)”, *Revista Jurídica del Notariado*, Nos. 92-93, (Madrid, Ediciones Consejo General del Notariado), pp. 495-514.
- LENNON, Diego María (1994). “Naturaleza jurídica de los anticipos irrevocables a cuenta de futuras suscripciones de capital”, *Revista de Derecho Societario Argentino e Iberoamericano*, (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc), pp. 253-259.
- LÓPEZ, Jorge (1998). *Los contratos, parte general*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LYON, Alberto (2003). *Personas jurídicas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- LYON, Alberto (2017). *Integración, interpretación y cumplimiento de contratos* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- MARTINIC, María Dora (1968). *La conversión del negocio jurídico en el derecho mercantil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MOLINA, Carlos (2004). “Régimen de aportes irrevocables en las sociedades cotizantes (a propósito del confuso régimen de la subordinación crediticia y el anteproyecto de reforma de la LSC)”, *IX Congreso Argentino de Derecho Societario*, Universidad Nacional de Tucumán, (San Miguel de Tucumán, IJ Editores), pp. 661-668.
- NISSEN, Ricardo A. (1995). *Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones y la protección del aportante*, Negocios parasocietarios, dir. Favier Dubois (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc), pp. 89-97.
- PADILLA, Ricardo (2013). *Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios*, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, julio 2013, pp. 135-183.
- PAZ-ARES, Cándido (1983). “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 36, N° 4, (Madrid, Boletín Oficial del Estado), pp. 1567-1639.
- PAZ-ARES, Cándido (1994). “La infracapitalización, una aproximación contractual”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número extraordinario (Pamplona), pp. 253-269.
- PEÑAILILLO, Daniel (1985). “El cumplimiento ficto de la condición”, *Revista de Derecho* N° 178, (Concepción, Universidad de Concepción), pp. 7-36.
- PEÑAILILLO, Daniel (2003), *Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PUELMA, Álvaro (2003). *Sociedades*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PUGA, Juan Esteban (2013). *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SARMIENTO, María Cecilia (2001). *Los aportes de capital a cuenta de futura suscripción de acciones ¿son irrevocables?* (Buenos Aires, Editorial La Ley), pp. 1243-1262.

- TOSI, Marcelo (2008). *Aportes Irrevocables a cuenta de futuras emisiones*, en *Revista Argentina de Derecho Empresario* N° 8, (Universidad Austral, IJ Editores Argentina), pp. 41-88.
- UGARTE, Jorge (2012). “Fundamentos y acciones para la aplicación del levantamiento del velo en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 3, (Santiago, Universidad Católica de Chile), 699-721.
- VÁSQUEZ, María Fernanda (2006). “Sobre la necesidad de modernizar el derecho societario chileno a partir del fortalecimiento de la autonomía de la voluntad”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 2 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 485-519.
- VÁSQUEZ, María Fernanda (2015). *Sociedades*, Tomo I, (Santiago, Thomson Reuters).
- VINCKEL, François (2017). *Comptes courants d’associés*, *JurisClasseur Sociétés Traité*, FASC. 36-20 (París, LexisNexis), pp. 1-69.
- VITOLO, Daniel R. (1994). “*Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital: cuestiones doctrinarias y jurisprudenciales*”, en *Negocios parasocietarios*, dir. Favier Dubois (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc), pp. 99-122.
- VODANOVIC, Antonio (2001). *Tratado de las obligaciones*, Vol. I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

NORMAS CITADAS

Chile:

D.L. N° 824, de 1974, sobre Impuesto a la Renta.

Ley N° 18.010 del 27 de junio de 1981, sobre Operaciones de Crédito y Otras Obligaciones de Dinero.

Ley N° 18.046 del 22 de octubre de 1982, Ley sobre Sociedades Anónimas.

Ley N° 19.857 del 10 de octubre de 2014, Normas que autorizan el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada.

Ley N° 20.720 del 9 de enero de 2014, Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo.

D.S. N° 702 del 4 de octubre de 2011, sobre Reglamento de Sociedades Anónimas.

JURISPRUDENCIA CITADA

Argentina:

Audisio, C.C/ Salerno, Teresa (1959): Cám. Nac. Com, sala B, 30 de septiembre de 1959, La LEY, t. 97.

Palacio del fumador SRL s/quiebra, (s/incidente de verificación por Ríos José M.) (1986): Cám. Nac. Com., sala C, 26 de agosto de 1986, Errepar DSC, t. II.

Shojjet, Mirtha Susi v. Silean S.A. y otro (1992): Cám. Nac. Com., sala E, 15 de septiembre 1992 Errepar, DSE, t. V.

Angeleri Szabo Marta E. c/ Szyszkowski Elba y otros (1994): Cam. Nac. Com., sala A, 05 de julio de 1994, DSE, t. VI.

Santa Lucía S.A. c/ Policastro, Marcos Juan (1996): Cám. Nac. Com., (s/sumario), sala B, 25 de marzo de 1996. AR/JUR/5232/1996.

Ganga, Julia c/La Rectora Compañía Argentina de Seguros SA (s/liquidación) (2004): Cám. Nac. Com., sala A, 16 de junio de 2004, REDS n° 19, diciembre 2004.

Helvetia S.A.(s/liquidación s/inc, revisión por Proligar S.A.) (2006): Cám. Nac. Com., sala E, 4 de junio de 2002, REDS n° 26, junio de 2006.

Chile:

Alegría Finardi, Jovita con Jorquera Alcaíno, Asterio y otros (2010): Corte Suprema de Chile, 13 de julio de 2010, Rol N° 1.116-2010.

España:

Inversiones Dogarmater, S.L. con Teruel Termal Desarrollos, S.L. (2014): Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, Madrid, 03 de septiembre de 2014, Vlex: <http://vlex.com/vid/538756090>.