

42° Convención Notarial
Colegio de Escribanos Ciudad de Buenos Aires,
6, 7 y 8 de septiembre de 2017

“PARTICULARIDADES DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN LA LEY
27.349.”

Autor: Esc. Marcelo A. Lozano
TEL. 011-4372-0969
mlozano@escribanialozano.com.ar

Tema 4. La nueva sociedad por acciones simplificada, un nuevo tipo social.

Coordinador 1: Esc. Pilar M. Rodríguez Acquarone

Coordinador 2: Esc. Agustín Ceriani Cernadas

Subcoordinadora novel adjunta: Esc. María del Rosario Stoppani

Tema 4:

Título: “PARTICULARIDADES DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN LA LEY 27.349.”

Autor: Esc. Marcelo A. Lozano

PONENCIA

Las prestaciones accesorias no pueden ser materia de aportes por cuanto se propone modificar en este sentido el artículo 42 de la ley 27.349.

Las prestaciones accesorias pactadas con administradores y proveedores resultan una opción de financiación externa para la S.A.S. y significan una excepción al carácter de accesoriedad que estas revisten.

FUNDAMENTOS

Las prestaciones accesorias en materia de sociedades comerciales son obligaciones que puede contraer algún socio que acceden a los aportes de capital realizados por éste, es decir son obligaciones conexas a los aportes sociales que conforman el capital. Estas prestaciones dan una connotación más personal a las sociedades de capital acercándolas a las sociedades colectivas o de interés a las que la ley 19.550 les concede la posibilidad de aportar obligaciones de hacer o el uso y goce de determinados bienes. Estas prestaciones resultan de mucha utilidad para generar un compromiso personal de los socios con la sociedad de capital, que de otra manera no podría efectuarse, estableciéndose por añadidura, una restricción a la libre transmisibilidad de las participaciones societarias ya que lo que importa es la calidad personal del socio, pudiendo llegarse al límite de solicitar la exclusión del socio incumplidor, cuestión esta última discutida en la doctrina¹.

El derecho comparado y nacional conforme cita Daniel Vítolo² ha sostenido siempre el carácter accesorio y facultativo de estas prestaciones diferenciándolas claramente de los aportes constituídos por los socios, y así lo recepta la Ley General de Sociedades en su artículo 50 que dice: *“Puede pactarse que los socios efectúen prestaciones accesorias. Estas prestaciones no integran el capital ...”*.

Novedosamente la ley 27.349 (De Apoyo al Capital Emprendedor) al referirse al capital social se apartó de este principio dejando entrever la posibilidad de que las prestaciones accesorias formen parte del capital social, cuestión que la Inspección General de Justicia a través de la Resolución N° 6/17 que reglamentó el régimen de las Sociedades Anónimas Simplificadas (SAS) en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos se encargó de desterrar al determinar en forma categórica en su artículo 27 que las mismas no forman parte del capital social.

De la lectura del artículo 42 de la ley 27.349 surge que estas prestaciones accesorias podrían formar parte del capital, ya que en el mismo artículo se trata a éstas conjuntamente con los aportes dinerarios y no dinerarios, refiriéndose a estas prestaciones como “aportes” y regulando su forma de valuación. Tan extraña resulta esta posición del legislador como así también la de dar lugar a terceros (administradores y proveedores) a que puedan integrarse al elenco societario a través del cumplimiento de estas prestaciones. Marca así una diferencia importante con la ley 19.550 debiendo remarcar en este caso el interés del legislador de contar con ciertos “colaboradores” que están en el día a día con la empresa, como “los administradores y proveedores de la

sociedad”, haciéndolos formar parte del proyecto empresarial y de que se beneficien o perjudiquen con el resultado del mismo. Consideramos a esta posibilidad una opción que tiene la sociedad de recurrir al financiamiento externo a través de un pacto de prestaciones accesorias con estos terceros. Y así lo entiende Jorge Grispo y Facundo Perelli³ al decir que frente a la insuficiencia económica que puede existir al inicio, falta de recursos necesarios para contratar insumos deseados, la sociedad podrá recurrir a estas figuras de manera tal de incentivar al administrador a lograr una administración más eficiente y al proveedor de ciertos insumos que confía en la prosperidad del emprendimiento para que puedan percibir su remuneración de las ganancias líquidas. Separan estos autores las ganancias líquidas del resultado de la sociedad de manera tal que éstos no tengan derecho a acrecer en la sociedad lo que iría en contra de la lógica de la propia ley que fomenta el desarrollo del emprendimiento y no su venta a mano de terceros. Coincidimos con estos autores, consideramos ventajoso para estos emprendimientos recurrir a esta figura como modo de financiación, agregando que en estos casos debería regularse detalladamente en los estatutos la modalidad de la prestación, su retribución, junto los alcances y limitaciones de estos terceros en lo que hace a los derechos sociales que puedan corresponderles, ya que una cosa es que estos prestadores apuesten al éxito empresarial y se asocien a sus resultados, y otra muy distinta es que formen parte del elenco de socios exigiendo una eventual capitalización de estas prestaciones. En consecuencia serán retribuidos si la prestación es onerosa y tendrán así derecho a percibir ciertos beneficios económicos de la sociedad, pero en ningún caso detentarán el carácter de socios, ya que para ello la condición sine qua non es la de realizar aportes. Estos casos por consiguiente configurarían una excepción al carácter de accesorio que por naturaleza tienen estas prestaciones.

Sin perjuicio del rango inferior de la norma impartida por la Inspección General de Justicia que viola el principio constitucional de jerarquía normativa, concordamos con la posición de fondo adoptada por este organismo y entendemos que el legislador ha incurrido en un error al pretender que las prestaciones accesorias puedan ser objeto de capitalización. Enseña Isaac Halperín⁴ que la determinación de los aportes tiene diversas funciones como las de fijar el capital social, establecer la participación de cada socio en las ganancias y en las pérdidas, determinar las mayorías en las deliberaciones sociales, y precisar la parte de cada socio en la liquidación. Por su especial naturaleza no forman ni formarán parte del capital social, si del patrimonio ya sea que se hayan materializado o cuando solo constituyen un derecho susceptible de valoración económica. La obligación principal del socio es aportar el capital para que nazca la empresa y pueda

ponerse en marcha y la prestación accesoria resulta secundaria, lo que no quiere decir que tenga menor importancia económica, sino que en gran parte de los casos supera a la del aporte u obligación principal, por consiguiente el concepto de “accesorio” tiene una connotación más jurídica que económica. Si bien tienen el mismo origen ya que nacen del contrato social, se diferencian en su régimen jurídico, las aportaciones conllevan el carácter de socios integrado por un conjunto de derechos y obligaciones que lo conforman, y las prestaciones confluyen en el patrimonio social y sirve para que la sociedad cumpla o lleve a cabo su objeto social, las primeras tendrán como contrapartida acciones o participaciones sociales y las segundas retribuciones. Las aportaciones son un requisito fundamental para la existencia de la sociedad, las prestaciones accesorias no.

Las obligaciones de los socios que devienen a través de la asunción de estas prestaciones accesorias consisten en integrar *a la sociedad bienes inmateriales como intangibles y algunos materiales los que resultan difíciles de valorar*, tal como nos dice Daniel Vítolo⁵. La dificultad en la valuación obedece a que se parten de criterios subjetivos y personales que pueden considerar a estas prestaciones claves y de gran valor para el cumplimiento del objeto social al inicio del emprendimiento pero con el tiempo pueden devenir prescindibles. Esta situación puede generar por un lado desigualdad en el trato entre los socios al verse afectadas las proporciones en las participaciones societarias, y por el otro puede generar la afectación de los derechos de los acreedores en cuanto a la falta de certeza en el límite que configura su garantía. En el caso de aportes en especie a diferencia de las obligaciones de hacer existen parámetros objetivos, que tornan más fácil la fijación de su valuación, podrán tomarse valores de mercado o de plaza, de costo o de venta de mercaderías, entre otros parámetros. La ley 27349 nos dice que las prestaciones accesorias podrán ser “aportadas” al valor que los socios determinen en el instrumento constitutivo o posteriormente sobre resolución unánime de los socios, o el valor resultará del que determinen uno o más peritos designados por los socios en forma unánime. EL instrumento constitutivo deberá indicar los antecedentes justificativos de la valuación. Asimila la ley la valuación de las prestaciones accesorias al valor de los aportes en especie para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y sociedades en comandita simple quitándole el rigor impuesto para las sociedades por acciones en el artículo 53 de la ley 19.550 donde se exige que la valuación de estos aportes sea aprobada por la autoridad de contralor; similar criterio adopta la ley 27.349 al regular el valor al que podrán ser aportados los bienes no dinerarios. En el caso de las prestaciones accesorias agrega que de no haber acuerdo deberá sujetarse dicho valor al que resulte de una pericia en forma

privada o judicial, con la diferencia de que en este último caso la pericia no podrá ser cuestionada por acreedores ante el concurso o quiebra de la sociedad y en el caso de ser privada podrá ser cuestionada en el plazo de 5 años. La relación de los antecedentes justificativos de la valuación debería ser clara y circunstanciada, determinando el criterio de valuación, de manera tal de fortalecer la misma y evitar cuestionamientos futuros. Pero más allá de ello, el acuerdo inicial de los socios en el valor asignado puede ser materia de discusión y conflicto con el paso del tiempo frente a los cambios que pueden llegar a suscitarse en el desenvolvimiento empresarial, y la eventual modificación o supresión de estas prestaciones no será tarea sencilla ya que requieren la conformidad de los obligados y de la totalidad de los socios. Mucho más difícil de valorar son las prestaciones de ejecución a lo largo del tiempo o de tracto sucesivo, y el haber retribuido al socio que deja en determinado momento de cumplir su prestación con una determinada porción del capital - más allá de las sanciones por mora en la integración del aporte- parecería un tanto riesgoso. Sin perjuicio de lo cual resulta imperiosa su valuación ya que, más allá de formar parte del patrimonio de la sociedad, fijan la medida de la retribución al prestador.

Estas prestaciones normalmente no tienen carácter pecuniario, ya que de ser así estaríamos hablando de aportes de capital a cambio de participaciones sociales, sino más bien que consisten en servicios, gestiones, y trabajos que ponen el acento en la persona del socio. También podrían consistir esos aportes en obligaciones de no hacer. Como ejemplo de estas prestaciones se mencionan: la prestación de la clientela, el know how, asistencia técnica, el uso de una marca, desempeño laboral exclusivo para la sociedad, prestación de avales personales, la venta de determinadas materias primas, el uso y goce de alguna máquina o equipo, el cumplimiento de un protocolo familiar; y como obligaciones de no hacer la más común es la de no competir. De permitirse los aportes a través de estas prestaciones, deberían ser una excepción o deberían estar circunscriptas a una parte mínima de capital ya que las SAS principalmente son sociedades de capital y sus aportes deberían consistir en bienes determinados susceptibles de ejecución forzada, principio que adopta la Ley General de Sociedades en su artículo 39 para las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones. La limitación de responsabilidad de los socios a la integración de sus aportes conlleva la necesidad a que dicho capital esté conformado principalmente con bienes ciertos, que existan, que estén en poder de la sociedad, y su valuación no genere dudas; lo contrario entendemos redundaría en desmedro de la actividad comercial de la SAS en su vinculación con los terceros.

La ley nos dice que toda prestación accesoria debe estar regulada en el estatuto, precisando su contenido, duración, modalidad, retribución, sanciones en caso de incumplimiento y mecanismo alternativo de integración para el supuesto de que por cualquier causa se tornare imposible su cumplimiento, y solo podrá modificarse de acuerdo con lo convenido o, en su defecto, con la conformidad de los obligados y de la totalidad de los socios. Al pactarse la prestación accesoria por parte de un socio se aplicará - independientemente de su posibilidad de capitalizarse o no - a la prestación de estos servicios las normas relativas al desembolso de aportaciones sociales siendo aplicables por ende a los incumplimientos que puedan generarse las normas societarias y así lo entiende la doctrina moderna⁶, en especial cuando el cumplimiento de esta prestación resulta de suma importancia para la consecución del objeto social tanto o más que el cumplimiento del propio aporte. Distinto es el caso de las prestaciones efectuadas por terceros ajenos al elenco societario – nos referimos a los administradores y proveedores de la sociedad - como establece la ley 27.349. Estas prestaciones a pesar de estar contenidas en el estatuto no son obligaciones con los socios sino que son mera obligaciones con terceros por más colaboradores que sean de la sociedad y a pesar de sujetar su suerte al devenir económico de la sociedad; por lo tanto estas relaciones quedan reguladas por el propio contrato de intercambio entre la sociedad y el tercero según la naturaleza de la prestación.

CONCLUSIONES

1.- Sostenemos la necesidad de modificar el art. 42 de la ley 27.349 suprimiendo la posibilidad de que las prestaciones accesorias sean materia de aporte en razón de:

A.- Dificultad de valuar los servicios que la conforman y la oscilación que ésta puede llegar a sufrir con los cambios en el desenvolvimiento empresarial

B.- Por tratarse de una sociedad de capital con responsabilidad de los socios limitada a la integración de los aportes, debiendo estos consistir en bienes susceptibles de ejecución forzada.

C.- Constituyen obligaciones secundarias que forman parte del patrimonio social que no dan derecho a recibir participaciones sociales, sino a una retribución a determinar en los estatutos sociales

2.- Resulta útil para estas sociedades pactar prestaciones accesorias con administradores y proveedores como forma de buscar financiamiento externo, debiendo consignarse en los estatutos los alcances de su retribución que se limitarán a ciertos beneficios económicos de

la sociedad pero en ningún caso implicará detentar el carácter de socio, configurándose así una excepción al carácter de accesoriedad que revisten estas prestaciones.

¹ Castorino de Puppi M. T. y Rossi Hugo E- Efectos del incumplimiento de prestaciones accesorias esenciales sobre la condición de socio y la limitación de responsabilidad – Trabajo presentado en VI Congreso Argentino de Derecho Societario, Mar del Plata – 1995

BRUNI, M. Belén – Prestaciones Accesorias, XXX Jornada Notarial Argentina

² Vitolo, Daniel R. – Aportes, Capital Social e Infracapitalización en las Sociedades Comerciales, 2016

³ Jorge Grispo- Facundo Perelli, Sociedades Anónima Simplificadas, Capítulo 6, pag. 110

⁴ Halperín Isaac, Curso de Derecho Comercial Volumen I Parte General, Abeledo Perrot.

⁵ Vitolo, Daniel, Ley 27.349 Comentada

⁶ Favier Dubois Eduardo (p e h) Errepar, DSE, nro.318, tomo XXVI, Mayo 2014. Las “Prestaciones accesorias” como instrumento para dar fuerza al protocolo familiar.