

La Operación Acordeón: A propósito de la declaratoria de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional

Mediante el presente informe pretendemos explicar lo que es una “operación acordeón” y cual es su finalidad, sus características, los pasos a seguir y las ventajas y desventajas que ella implica así como el tema de la constitucionalidad de esta operación en nuestra legislación

1. Introducción

Actualmente, es muy usual escuchar hablar de diversos métodos que utilizan las empresas para poder salir de una situación en extremo crítica a nivel económico-financiero en el interior de ellas, una de esas modalidades es la tan cuestionada “Operación Acordeón” que es materia del presente informe.

2. Concepto

Se llama Operación Acordeón a la operación de naturaleza financiera mediante la cual una sociedad de capital (sociedad anónima o sociedad en comandita por acciones) acuerda reducir su capital social a cero y de manera simultánea, en un mismo acto, se realice un aumento de capital que le permita llegar al monto original o por un monto superior.

Al no encontrarse regulado por nuestra Ley General de Sociedades, la doctrina comparada y la práctica comercial son las que han servido para otorgar una definición a este mecanismo financiero.

SANTANDREU¹ lo define como la “reducción del capital social de una empresa a la que sigue una ampliación del mismo que, generalmente, obedece a la absorción de pérdidas, con el fin de dotar a la empresa de nuevos recursos financieros y recomponer su equilibrio patrimonial.”

FERNANDEZ OTERO² señala que es la “reducción del capital social a cero o por debajo del mínimo legal, siempre que simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad, o se acuerde el aumento del capital hasta una cantidad igual o superior a la cifra mínima legal.”

NATERA HIDALGO³ señala que “sólo puede reducirse la cifra del capital social por debajo del mínimo legal cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior a dicha cifra.”

3. Finalidad

Esta operación al ser ejecutada en el caso que la sociedad esté en quiebra técnica (pasivo exigible superior a los activos reales, sin dejar de pagar a los acreedores y no procedimiento concursal) o suspensión de pagos (no pago de la totalidad de las deudas por falta de liquidez), tiene por finalidad reestablecer el equilibrio patrimonial cancelando sus pérdidas acumuladas de una magnitud considerable para luego, de manera simultánea, poder “inyectar capital fresco” generalmente proveniente de terceros ajenos a la sociedad.

Otra de las finalidades que tiene es la de eliminar a los accionistas minoritarios que aportan muy poco a la sociedad o que son los causantes de la quiebra técnica de la empresa o de la suspensión de pagos, por citar un ejemplo, un grupo de accionista minoritarios mediante una serie de oposiciones impide que la empresa pueda desarrollarse o expandirse comercialmente en otras plazas. La Operación Acordeón no

¹ SANTANDREU, Eliseu. Diccionario de Términos Financieros. Ediciones Granica SA. Pág. 144. 2002

² FERNÁNDEZ OTERO, Enrique. Código Sociedades Mercantiles Básicas. CISS. Pág. 343. 2008

³ NATERA HIDALGO, Rafael. Fiscalidad de los Contratos Civiles y Mercantiles. CISS. Pág. 730 2007

debe de ser entendida como un mecanismo que tiene por finalidad “licuar” a las minorías porque si este procedimiento no se rige bajo los principios del buen gobierno corporativo, la minoría afectada puede impugnar este acuerdo vejatorio a sus derechos tal como lo regula el artículo 139º de la Ley General de Sociedades.

4. Características y Procedimiento

La Operación Acordeón tiene unos rasgos o características que la distinguen de otras modalidades en donde se realiza reducción y posterior aumento de capital, y son:

4.1. Reducción del Capital Social a cero:

Es el rasgo distintivo de esta operación financiera pues obligatoriamente ella implica que la reducción del capital sea a cero con el fin de cancelar todas las deudas de una sociedad que se encuentra en quiebra técnica o suspensión de pagos.

4.2. Cancelación de las Acciones:

Al reducirse el capital de la sociedad a su mínima expresión, las acciones pierden el valor que detentaban antes del inicio de la reducción y por lo tanto estas deben de cancelarse.

4.3. Aumento de Capital:

Se materializa con los aportes que realizan los socios y/o los acreedores de la sociedad, según sea el caso. Este aumento puede ser realizado por nuevos aportes o mediante créditos participativos, siendo este último un instrumento financiero en el cual la sociedad se financia a largo plazo y donde el acreedor o los acreedores obtienen, además del pago de las cuotas programadas, el pago de un interés variable que se encuentra subordinado a la rentabilidad de la sociedad.

4.4. Emisión de Nuevas Acciones:

Debido a que la reducción de capital trajo consigo la cancelación de las acciones originales, se deberá de emitir nuevas acciones que representen el aumento del capital social pudiendo tener el mismo valor nominal que las acciones canceladas por la reducción o tener un valor superior.

Debemos de precisar que la Operación Acordeón no es un instrumento que puede ser utilizado sin respetar el procedimiento para su implementación pues de lo contrario no estaríamos hablando de esta figura. Los pasos o el procedimiento a seguir para su puesta en marcha es el siguiente:

- La sociedad debe de encontrarse en cualquiera de los dos supuestos antes mencionados (quiebra técnica o suspensión de pagos) y se busque evitar la quiebra legal de la sociedad con el fin de salvar los intangibles que ella pudiera tener.
- Se convoca a Junta General de Accionistas teniendo como tema de agenda la viabilidad de la Operación Acordeón la cual se decidirá por unanimidad o mayoría calificada del total de las acciones con derecho a voto suscritas y pagadas.
- En un mismo acto se reduce a cero y se aumenta el capital de la sociedad con los aportes. Los accionistas minoritarios siempre van a tener la preferencia para invertir y suscribir nuevas acciones producto de esta operación frente a terceros ajenos a ella.
- Los accionistas que no esten de acuerdo pueden hacer constar su oposición en el Acta debiendo ser publicada tal como es señalado por el artículo 200º de la Ley General de Sociedades con el fin de que pueda ejercer su derecho de separación y que pueda ser reembolsadas sus acciones.
- Se realizan las publicaciones indicando la operación realizada con el fin de que los acreedores puedan ejercitar su derecho de oposición tal como lo establece el artículo 219º de la Ley General de Sociedades.

- Una vez transcurrido el plazo legal para la presentación de oposiciones, se elaborará la Minuta en la cual se consignará la reducción de capital a cero y el aumento de este a una cifra igual o mayor al capital social original para que sea elevada a Escritura Pública e inscrita en Registros Públicos.

5. Ventajas y Desventajas para los accionistas

La Operación Acordeón puede ser beneficiosa o negativa para los accionistas, minoritarios en particular, dependiendo del sentido que se le de a ella; es decir si se respetan los principios del Buen Gobierno Corporativo no lesionará a los accionistas y a su vez se beneficiará en mayor medida a la sociedad evitando que ella llegue a quebrar.

Ventajas	Desventajas
Reestablece el equilibrio patrimonial	Pérdida de la titularidad de las acciones.
Saneamiento de las pérdidas acumuladas	Pérdida de la calidad de accionista
Evitar la quiebra legal y salvar su inversión	Imposibilidad de suscribir acciones
Dinamizar el desenvolvimiento económico	Eliminación de minorías que no pueden realizar los nuevos aportes
Captación de aportes de terceros ajenos a la sociedad	Minorías reemplazadas por terceros ajenos a la sociedad

6. Constitucional o Inconstitucional

Con la sentencia recaída en el Expediente N° 228-2009-AA, emitida el 04 de abril del presente año, en donde la materia controvertida fue una operación acordeón realizada por una empresa concursada Chiquitoy en la cual se reducía el capital social a cero y se realizó el aumento de capital por capitalización de créditos de sólo el grupo "C" conformado por Cartavio y FODINSA, vulnerándose el derecho de suscripción preferente de la denunciante y por ende su derecho a la propiedad de las acciones y a la libre iniciativa privada.

Los magistrados del Tribunal Constitucional, con el voto dirimente del presidente, declararon la constitucionalidad de la Operación Acordeón debido a que ella busca promover la continuidad de la sociedad al evitar que esta pueda quebrar, hecho que se condice con uno de los deberes del Estado que es promover y promocionar la continuidad de la sociedad pero a su vez el órgano colegiado establece 3 requisitos para la validez de esta operación:

- La reducción y el aumento de capital debe de ser idóneo y necesario, es decir, debe ser el último recurso que tiene la empresa para poder reflotar.
- Que los accionistas que se opongan al acuerdo puedan ejercitar su derecho de separación y que se les restituya el valor de sus acciones.
- Que los accionistas puedan ejercer su derecho de suscripción preferente cuando no hallan ejercitado su derecho de separación.