

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DERECHO DE RECESO POR AUMENTO DE CAPITAL Y LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS(*) (283)

MAX M. SANDLER

SUMARIO

I. Aumento del capital: protección al accionista mediante el receso. II. Causas y efectos económicos. III. Alcances de la doctrina y la reforma. IV. Nuestras conclusiones.

I. AUMENTO DEL CAPITAL: PROTECCIÓN AL ACCIONISTA MEDIANTE EL RECESO

Arribó al Tribunal el conflicto suscitado en torno de la procedencia del derecho que cabe al accionista disconforme con una resolución asamblearia de aumento del capital a más del quíntuplo, pudiendo separarse de la sociedad mediante el reembolso de su capital por el valor resultante del último balance aprobado.

En voto de la Cám. Com., Sala A, del 9 de setiembre de 1982 (L.L. 22/2/82), "Almeida c/Sadela, S.A.", se confirma la sentencia de primera instancia al rechazar la demanda promovida por reconocimiento del derecho de receso, ejercido por aumento de capital de la sociedad demandada. Claro que la demanda se rechaza porque el pretendiente resulta accionista de una sociedad cuya actividad se encuentra comprendida en la ley de entidades financieras, y, en el caso, el juzgador entiende que la reforma no constituye una modificación sustancial de las condiciones originarias o conocidas por los accionistas recedentes.

Ello no es óbice para que la Cámara se pronuncie respecto de la admisión concreta del derecho de receso, en los casos de aumento de capital, para las sociedades que no hacen oferta pública de sus acciones, esto es, las denominadas "sociedades cerradas" en el reposo de la doctrina - que veremos - y por la que se pretende insertar, por criterio analógico, dentro de los supuestos especiales a que se refiere el art. 244 de la LS, los casos de aumentos del capital fuera del quíntuplo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para el juzgador, todo aumento del capital no previsto en los estatutos, o que supere el quíntuplo autorizado por los arts. 186 y 188 de la LS, y por cuyo mecanismo sea menester la reforma estatutaria, genera el derecho de receso a favor de los accionistas disconformes con dichas modificaciones. Debemos destacar la trascendencia de esta resolución, habida cuenta de la carencia de norma expresa que admite este derecho, y que, tal como viene sucediendo con otros institutos de la ley de sociedades comerciales, la doctrina y, por ella, la interpretación judicial, ejercen su hermenéutica, más que como mera proposición jurídica, para llenar el vacío legislativo y para erigirse en colegislador(1)(284).

Los supuestos especiales consagrados por el art. 244 de la LS, referidos a: la transformación, prórroga o disolución anticipada de la sociedad; transferencia del domicilio al extranjero; cambio fundamental del objeto y reintegro total o parcial del capital, resultan resoluciones asamblearias de competencia extraordinaria y del voto favorable de la mayoría de las acciones con derecho al voto sin la aplicación de la pluralidad de las mismas, aun para decidir la fusión, salvo respecto de la sociedad incorporante, que se regirá por las normas del aumento de capital. Puede apreciarse que estas resoluciones traducen circunstancias particulares, imprevistas y extraordinarias para el accionista, a punto tal que estas imprevisiones llegan a conferirle su derecho de separación y reembolso de su capital. La discusión se concentra acerca de la previsión, imprevisión y los efectos sobrevinientes tanto sobre la sociedad como por el legítimo interés individual del accionista, para incorporar, ante el silencio u omisión de la ley, al aumento del capital como factor generador del derecho de receso

Es así que, por el segundo párrafo del art. 245, a las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, o se hallan autorizadas para la cotización de éstas, les está vedado a sus accionistas el derecho a separarse y reembolsarles su capital, lo que permite al Tribunal, en el fallo comentado, como a determinado sector doctrinario, suscribir la teoría de interpretación por contrario sensu y de allí concluir con la admisión del derecho de receso en los supuestos de aumento de capital.

II. CAUSAS Y EFECTOS ECONÓMICOS

El aumento de capital para suscripción de nuevas acciones permite incorporar el caudal de aporte necesario para la consecución del objeto social. El aumento se vincula estrechamente con el fin societario y hace posible la conservación de la empresa. Es indudable que, entre los países de elevada densidad inflacionaria - entre los que cuenta el nuestro -, el incremento de capital obra en determinadas circunstancias como reflejo de la verdadera situación patrimonial, operando la capitalización mediante aumentos por revalúos contables, técnicos o legales, y con la posible admisión al derecho positivo del ajuste por inflación. Estas capitalizaciones obran indudablemente fuera de la cuestión, ya que la previsión y carencia de perjuicio permite al accionista su adhesión a las resoluciones asamblearias

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que deciden los aumentos del capital por estas causales.

El problema se plantea en relación con el requerimiento de nuevos aportes para el aumento del capital social, por donde la empresa satisface los requerimientos financieros e inversiones patrimoniales, reconocido como "capital de trabajo", y que la sociedad demanda a sus accionistas la atracción de recursos necesarios por medio del aumento del capital.

Ciertos conflictos societarios que afectan la relación armónica entre los distintos grupos de accionistas obedecen a situaciones patológicas que someten a grupos minoritarios a la contingencia imprevista e insólita de nueva aportación, con riesgo de hallarse a merced de la mayoría y despojarse de su proporción de capital, reduciéndola, a modo de "aguamiento" de éste.

Podemos advertir, en el fallo comentado, la inclinación protectora a estos derechos minoritarios, puesto que admite el derecho de receso en casos de aumento del capital por encima del quíntuplo y por el que, según expresa, "salta a la vista el indudable peso de la interpretación a contrario sensu del 2º párr. del art. 245 que dice así: en las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones o se hallan autorizadas para la cotización de las mismas, los accionistas no podrán ejercitar el derecho de receso en los casos de aumento de capital y fusión de la sociedad". Parece lógico - agrega el juzgador -, para quienes aplican este criterio, que si se prohíbe el ejercicio del derecho de receso en las sociedades abiertas, esto es, las que están autorizadas para efectuar oferta pública de sus acciones, no ocurre lo propio con las "cerradas" en las que, aplicando el método a contrario sensu, estaría permitido el ejercicio del receso.

Como vemos, entre el interés de la conservación empresaria para la consecución del objeto, y el interés individual, el Tribunal optó por este último, ello sin que obste admitir que para el caso en análisis la procedencia del derecho se vincula con la actividad financiera de la demandada, cuyo capital de trabajo resultaba para el juzgador un presupuesto conocido por la actora.

III. ALCANCES DE LA DOCTRINA Y LA REFORMA

El Anteproyecto de Ley General de Sociedades, a cargo de los doctores Malagarriga y Aztiria, confería al régimen del receso un carácter restrictivo, desde el momento que es "una excepción a principios fundamentales de la sociedad que en alguna medida afecta a la misma"(2)(285). El supuesto contenido en el art. 354 del Código de Comercio, que por su inciso 5º admitía el de reintegro y aumento del capital, ha sido expresamente eliminado como causa de separación. Concordantes con tal principio sus autores se refieren a los artículos 107 y 150 de la ley brasileña; el 206 de la ley mexicana; el Código de Holanda, y, entre otros antecedentes, citan el art. 72 del proyecto Bomchil, el 92 de Goldschmidt, así como el proyecto de Pérez Fontana y el art. 202 del proyecto uruguayo. Para Bomchil(3)(286), ante resolución de asambleas generales de accionistas tendientes al cambio del objeto, transferencia de la sede al extranjero, transformación o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fusión haciendo constar en el acta la oposición, los accionistas que hayan votado en contra de cualquiera de estas decisiones tendrán derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones al precio "medio de su cotización en el último semestre, y, a falta de la misma, en proporción al patrimonio social conforme al último balance". Este autor coincide con los antecedentes comparados - tal como hemos referido - respecto de los doctores Malagarriga y Aztiria. Es interesante destacar que, para Bomchil, se confiere al socio la libertad de no aceptar estas modificaciones liquidando su haber societario, y, a su juicio, el accionista puede renunciar voluntariamente a los supuestos especiales que confieren su retiro, porque con ello no se compromete ningún principio de "orden público", y la evolución de la sociedad puede hacer necesario que en un momento dado el accionista se vea precisado, de acuerdo con las necesidades de la entidad y el suyo propio, a efectuar renuncia al derecho de separación.

Para Moglia Claps, en trabajo publicado en J.A. 1973, secc. Doct., las causales resultan taxativas, y aceptar la inclusión del aumento del capital expone a la sociedad a una reducción contemporánea al aumento. Halperín(4)(287), citando a este autor, no cree sólida esta razón porque, a su juicio, el problema radica en determinar si por el texto del párr. 2º del art. 245 la causal está incluida en la ley; concluye con una referencia al fundamento del art. 7º de la ley 19060, en cuya virtud, en este caso, el accionista puede enajenar sus acciones en el mercado público, lo que no le está permitido en el supuesto de las sociedades anónimas cerradas. Deduce que la reducción resultante del receso se da en todos los casos de receso y, con más graves consecuencias, en caso de fusión, el que cita como ejemplo.

Quienes con más ahínco se pronunciaron sobre la no admisión del supuesto de aumento del capital han sido Alegría y Reyes Oribe(5)(288). Expresan el firme convencimiento de la inexistencia de derecho de receso en el aumento de capital para todas las sociedades por acciones, excepto cuando haya previsión concreta en el estatuto. La interpretación contrario sensu, bastión de la doctrina admisiva del derecho, y sobre la que reposa el fallo comentado, funciona, para estos autores, como fuente de interpretación válida de una conducta impuesta cuando los presupuestos son claros. Esto es, que "la conducta jurídica y la consecuencia descritas en la norma no solamente excluyan a los casos no incluidos, sino que la consecuencia prevista deba, al ponerse en negativa, aplicarse a todos los casos excluidos". Y ponen para ello un pintoresco ejemplo: "Si decimos que en una categoría no hay alemanes, no podemos llegar válidamente a la conclusión de que hay belgas o argentinos. Lo único que podremos decir, válidamente, es que no hay alemanes o que los alemanes no están en la categoría".

Para Nissen(6)(289), sin embargo, los argumentos de quienes excluyen la posibilidad del aumento no resultan convincentes, ya que no "existe a su criterio reforma estatutaria de mayor trascendencia, en lo que respecta a la posición del accionista de la sociedad, que el incremento del capital social, cuando aquél no puede aportar las sumas necesarias para afrontar los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desembolsos correspondientes, lo cual acarreará, como consecuencia inevitable, la pérdida de su proporción accionaria en el capital y patrimonios de la misma".

Por último, debemos destacar que la Comisión ministerial encargada de proyectar acerca de los temas y oportunidad de las reformas a la LS, al recoger las dispares posiciones que se adoptan, concluye por admitir, para las sociedades que no hacen oferta pública, la posibilidad del derecho de receso, por aumento del capital, a los socios que efectivamente se pronunciaron en contra.

IV. NUESTRAS CONCLUSIONES

Creemos sumamente riesgosa la notoria influencia sobre la relación del derecho privado y que, bajo la invocación del "orden público", la legislación pueda quebrar la auténtica libertad de contratar y asociarse. Mucho más peligrosa resulta la excesiva protección - en órbita de la relación privada - y utilizar la norma jurídica tan sólo para legislar sobre supuestos patológicos, tales aquellos que parecen desproteger a la minoría frente a la decisión del aumento del capital, con miras al despojo del caudal accionario.

El aumento del capital es, siempre y en todos los casos, un presupuesto conocido por el accionista y requerido por la sociedad, y asumido en un medio de inestabilidad económica. Sea porque emana de la previsión contenida en la ley, al referirse a los recaudos para satisfacer el quórum minoritario requerido, o a expresas disposiciones estatutarias que, aunque obren como reformas del digesto originario, nunca pueden servir de pretexto para alentar el conflicto societario que entre el interés individual y el social tienda a desalentar a este último en la prelación. De allí la trascendencia del fallo comentado, y nuestra colaboración, a fin de que la eventual reforma - muy por el contrario - erradique el supuesto del aumento del capital para brindar el derecho de separación.