

¿ES NECESARIA LA LIMITACIÓN DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE CUANDO SE CAPITALIZA UNA DEUDA?

María Barrau

PONENCIA:

Creemos que la limitación del derecho de suscripción preferente para cancelar obligaciones preexistentes, es innecesaria y por ende debería modificarse esta norma. Esto, toda vez que la sociedad puede con el dinero que ingrese con la suscripción del aumento de capital social cancelar la obligación preexistente. Sin perjuicio de ello, consideramos, que con la normativa actual los accionistas se encuentran facultados a oponerse a la limitación del derecho de suscripción preferente ante la capitalización de una deuda de la sociedad, ofreciendo suscribir la parte que proporcionalmente les corresponde de ese aumento. Creemos que esta oposición tendría fundamento en la protección al interés social -que se mantenga el mismo elenco de socios- y de los propios accionistas que consagra el artículo 194 de la L.G.S.

Estamos convencidos que el Interés social se encuentra en la solución del conflicto o posible conflicto con los acreedores mantenido el equilibrio societario y la protección de los accionistas”



Introducción

Siguiendo con el estudio de la problemática del aumento de capital, el patrimonio y la protección de los derechos de los socios en el mantenimiento del delicado equilibrio económico – patrimonial dentro de la sociedad nos avocamos en esta oportunidad al estudio de una norma de nuestra legislación actual que nos preocupa desde hace varios años.

En esta ponencia queremos analizar la normativa del artículo 197 de la ley de sociedades que textualmente dice “*Artículo 197. Limitación al derecho de preferencia. Condiciones.* La asamblea extraordinaria con las mayorías del úl-

timo párrafo del artículo 244, puede resolver en casos particulares y excepcionales, cuando el interés de la sociedad lo exija, la limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones, bajo las condiciones siguientes. 1. Que su consideración se incluya en el orden del día. 2. Que se trate de acciones a integrarse con aportes en especie o que se den en pago de obligaciones preexistentes.”

El derecho de suscripción preferente

El derecho de suscripción preferente en conjunto con el derecho de recesso y la prima de emisión, son los pilares fundamentales del legislador para que no se produzcan abusos en casos de aumentos de capital social; para que no se utilicen como herramienta para modificar las mayorías o los votos o para “minimizar a un accionista que molesta”.

Es un derecho absoluto, una norma inderogable que nos viene del derecho italiano. No puede ser excluida estatutariamente por ser una norma imperativa del derecho societario, sin llegar a la categoría de orden público. La inderogabilidad genérica de ese derecho sólo indica la imposibilidad de su derogación por vía estatutaria, pero esto no implica que la sociedad lo excluya para un aumento concreto, pudiendo resolverlo la asamblea en los términos del artículo 197 de la L.S.

Persigue que no se utilicen los aumentos de capital social para modificar las mayorías o el porcentaje en los votos. Luego de un aumento de capital social, con el derecho de suscripción preferente los accionistas tienen que haber podido ejercer el derecho para mantener su proporción en el capital social y en los votos.

Tiende a proteger que se mantenga el equilibrio económico de cada socio. Tutela los porcentajes de participación de los accionistas dentro de la sociedad y de la clase de acciones. Se concede en el supuesto de emisión de nuevas acciones y obligaciones negociables

Es compatible con la prima de emisión. Los legitimados son los titulares de acciones ordinarias ya sean de voto simple o plural y el estatuto o la ley lo pueden extender a las acciones preferidas.

Las acciones ordinarias son las titulares de este derecho, pues justamente lo que se está protegiendo es el derecho en el voto; es decir, de formar la voluntad social.

Este derecho se puede extender a las acciones preferidas si el estatuto o la asamblea lo establecen.

Se puede no respetar la proporcionalidad de las diferentes clases de acciones (derechos de cada una de las clases), si una asamblea de cada clase reunida con anterioridad a la asamblea que decide el aumento de capital social con las mayo-

rías establecidas en el artículo 260, admite que no se respete la proporcionalidad. En este supuesto, todos los accionistas se consideran integrantes de una única clase para el ejercicio del derecho de suscripción preferente. Puede no respetarse este derecho cuando la sociedad tenga acciones con privilegio en el voto y cotice en bolsa (en este caso las acciones que se emitan serán todas de un solo voto –art 216 de la L.G.S.-).

Para que los accionistas ejerzan este derecho, se debe ofrecer por edictos en el diario de publicaciones legales y si la sociedad se encuentra comprendida dentro del artículo 299, debe publicarse en un diario de mayor circulación de la República. La publicación debe efectuarse por tres días.

Se encuentra discutido si se puede suplantar la publicación en el Boletín Oficial en las sociedades anónimas, por comunicación fehaciente realizada a los accionistas.

Conforme la ley, el plazo, es de treinta días corridos desde la última publicación. Puede encontrarse establecido en el edicto o, por el contrario, el silencio es suplido por el propio texto de la ley. Comienza a correr desde la hora cero de la última publicación, hasta las 24 del día treinta posterior.

Supuestos de limitación del derecho de suscripción preferente

Se establece de manera excepcional la posibilidad de su limitación. Se debe tener en consideración para ello el principio general que no puede ser limitado o suprimido.

El interés social es el elemento determinante para establecer la limitación del derecho de suscripción preferente. Nada menos que esta noción tan controvertida en doctrina para instaurar como parámetro de la limitación.

Para algunos, el interés social es el de la mayoría de accionistas; para otros, el interés social es el de la sociedad toda, que se desprende de los socios y protege a la sociedad independientemente de las decisiones del grupo mayoritario.

Esta noción se encuentra relacionada con la problemática del conflicto societario y de los grupos de poder. La ley establece que las decisiones se deben tomar por mayorías. Se protege el interés social y se evita el abuso de la mayoría o del grupo mayoritario. El interés social prevalece sobre el interés de la mayoría.

Por ello, para limitar el derecho de suscripción preferente se debe encontrar en juego el interés social y la suscripción debe efectuarse con: Aportes en especie o Capitalización de deuda.

Con los aportes en especie se incorpora un bien determinado no susceptible de adquisición en el mercado a la sociedad, que puede ser mueble o inmueble.

La capitalización de deuda está prevista ante la dificultad de cancelar deudas por parte de la sociedad. Es una forma de transformar una deuda en capital social. Es muy útil cuando no se puede cancelar la deuda pero también puede ser utilizada para perjudicar a accionistas minoritarios.

Para dar mayor seguridad a los accionistas minoritarios en el supuesto de limitación, la ley ha establecido que se debe adoptar la decisión con las mayorías del último párrafo del artículo 244 (es decir, mayoría de acciones con derecho a voto sin aplicarse pluralidad, y todas las acciones poseen un voto)

Creemos que la limitación del derecho de suscripción preferente para cancelar obligaciones existentes, es innecesaria y por ende debería modificarse esta norma, estableciendo que si los accionistas no quieren ejercer el derecho de suscripción preferente se puede o se admite la capitalización de una deuda, o simplemente no realizando ninguna aclaración al respecto, toda vez que es de suyo que se puede realizar un aumento de capital capitalizando una deuda.

Sin perjuicio de ello, consideramos, que con la normativa actual los accionistas se pueden oponer a que se limite el derecho de suscripción preferente capitalizando una deuda de la sociedad, ofreciendo suscribir la parte que proporcionalmente les corresponde de ese aumento alegando la inexistencia de protección al interés social con la capitalización de la deuda.

Estamos convencidos que el Interés social se encuentra en la solución del conflicto o posible conflicto con los acreedores mantenido el equilibrio societario y la protección de los accionistas.