¿Notables inconsistencias entre los requisitos legales para constituir reservas y para aumentar el capital social?

María Barrau

Ponencia:

Se debe solicitar los mismos requisitos -que sea razonables y respondan a una prudente administración- para la realización de los aumentos de capital social que para la confección de las reservas facultativas.

Introducción

Hemos encontrado inconsistencias de gran significación entre los requisitos que la ley general de sociedades solicita para la constitución de reservas facultativas y los que la misma norma establece para los aumentos del capital social. Todo ello ha surgido en el marco de nuestra profundización y constate estudio sobre la problemática del capital social, patrimonio y demás cuentas del patrimonio neto dentro de su impacto en el giro societario y en el interés social. Nos hemos abocado al estudio de nociones como la protección de los accionistas frente a los aumentos de capital, privilegiando que estos no sean una herramienta utilizada por los operadores del derecho en marco de los conflictos societarios para perjudicar a accionistas minoritarios

Aumentos de capital social

La asamblea extraordinaria es el órgano competente por excelencia para tratar esta problemática con quórum y las mayorías agravados (artículo 235). El legislador estableció estas mayorías para evitar que los aumentos de capital se utilizaran para defraudar a los accionistas minoritarios.

De manera excepcional, se permite que el aumento de capital social se realice por asamblea ordinaria cuando sea hasta el quíntuplo y se encuentre previsto en el estatuto (artículo 234, concordante con el artículo 188 primer párrafo).

La doctrina y jurisprudencia actual son contestes en afirmar que dicho aumento se puede efectuar en varias asambleas siempre que en su conjunto no se sobrepase dicho quíntuplo.

Esta diferencia entre el aumento de capital mediante asamblea ordinaria y extraordinaria no es menor. En el supuesto que el aumento de capital social se realice por asamblea extraordinaria e implique un desembolso para el accionista, este tiene derecho de receso (artículo 245).

Sin embargo, si la asamblea ordinaria realiza el aumento de capital, el accionista no tiene nunca derecho de receso (a lo que habría que adicionarle la problemática del quórum y de mayorías).

El accionista que no puede suscribir el aumento de capital social porque no tiene dinero, o no quiere porque no está dispuesto a asignar mayores bienes en una sociedad que puede no darle utilidades, se ve privado del ejercicio del derecho de receso. Debe quedarse como un mero espectador, advirtiendo cómo se le licua su parte sin tener ninguna acción, o en principio podríamos decir sin tener aparentemente ninguna acción.

El aumento de capital se realizará mediante asamblea extraordinaria cuando el quíntuplo se haya consumido en otros aumentos o cuando no esté prevista en el estatuto la posibilidad del aumento de capital social en las condiciones referenciadas mediante asamblea ordinaria.

Para realizar un aumento de capital conforme la ley es suficiente que el directorio lo proponga y que los accionistas lo aprueben.

Ningún otro requisito es solicitado de manera expresa para llevar a cabo el aumento de capital

De acuerdo a los rubros que decidamos capitalizar deberemos consignar en la memoria que vamos a realizar dicho aumento.

La ley no nos indica ninguna otra justificación, no nos pide que el directorio explique porque causas quiere hacer el aumento de capital, o justifique de alguna manera dicha necesidad o explique la significación que tendrá este aumento en el giro social y de la allí la importancia de que se lleve a cabo.

Es decir que siguiendo las pautas del legislador cumpliendo con los requisitos formales de la publicación de la convocatoria a asamblea en el boletín oficial, y quórum y mayorías de asamblea ordinaria u extraordinaria según el caso podemos llevar a cabo un aumento de capital social.

Constitución de reservas facultativas.

Representan una parte de las ganancias liquidas y realizadas que los socios reunidos en asamblea deciden no distribuir y dejarlas como reservas facultativas. Dependen de la libre voluntad de la asamblea y se pueden constituir excepcionalmente siempre que sean razonables y respondan a una prudente administración**.**

En las sociedades por acciones, en nuestra ley de sociedades tanto en primera como en segunda convocatoria, se establece que las decisiones sean tomadas con la mayoría agravada del art 244 último párrafo, cuando su monto exceda el capital y las reservas legales -incluidas las que se constituyeron con anterioridad-. En este supuesto todas las acciones tienen un voto y se necesita la mayoría absoluta de acciones con derecho a voto para tomar una decisión válida.

En las sociedades de responsabilidad limitada, se requiere la mayoría necesaria para la modificación del contrato. Otegui manifiesta que la misma mayoría que se requiera para constituir la reserva es la requerida para su distribución.[1]

Creemos, al igual que Vítolo, que tanto las reservas facultativas, como las estatutarias son de libre disposición de los socios, y así como éstos deciden su constitución pueden en cualquier momento resolver distribuirlas. Por eso, entendemos que no integran el capital social.[2]

Para poder constituir estas reservas, los directores deben explicar en la memoria las razones de manera clara y circunstanciada (art. 66 inc. 3). La Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal juzgó que la decisión social de retener las utilidades generadas durante los años 2007/2008, sustentada sólo en la existencia de una crisis económica mundial y nacional -sin otra especificación- no estaría justificada en los términos de los arts. 66, inc. 3, y 70 de la LSC que exigen razones fundadas, explicadas clara y circunstanciadamente para constituir reservas, similar criterio mantiene el derecho colombiano[3]

También se debe reducir proporcionalmente la retribución de los administradores en la medida que no se distribuyan utilidades (art 261 LGS).

---

1 HALPERÍN, Isaac, OTAEGUI, Julio C. Sociedades Anónimas, pág. 604. Depalma, Buenos Aires, 1998. En el derecho colombiano se establece la mayoría del 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la asamblea para que las utilidades puedas ser repartidas en un porcentaje inferior al cincuenta por ciento.

2 VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales ley 19550 comentada, t IIpág.103Ed Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2007.

3 CARRERAS, Alberto Jaime C. JUAREZ, Edgardo y otros, CNACom.2010/03/23, La Ley Online; AR/JUR/12373/2010.REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I p. 387. Temis S.A. 2004 Bogotá Colombia.

Ponencia

Siguiendo estos lineamientos consideramos que el legislador erróneamente solicita mayores requisitos para la constitución de reservas facultativas (privación esporádica y circunstancial de las ganancias liquidas y realizadas a los socios por un ejercicio) , es decir que estas sean razonables y respondan a una prudente administración que para la realización del aumento de capital social, (pueden modificar las condiciones esenciales que se tuvieron en consideración al momento de contratar, mayorías y participación societaria) bastando, para este último supuesto, que el directorio lo proponga a la asamblea para el que mismo pueda ser llevado a cabo.

De esta forma, estamos convencidos, que teniendo en consideración la protección del interés social y de todos y cada uno de los accionistas se debería solicitar los mismos requisitos para la realización de los aumentos de capital social que para la confección de las reservas facultativas.