

- 45 -

C O M I S I O N V

Dr. Fernando Herberto Calvete

" CAPITAL SOCIAL Y ESTADOS CONTABLES - Tema a: CAPITAL SOCIAL"

¿CONSTITUYEN LOS APORTES IRREVOCABLES A CUENTA DE FUTURAS EMISIONES EXCEPCION VALIDA AL DERECHO DE PREFERENCIA?

La Ley 19550 consagra en el art. 194 un derecho de preferencia para adquirir - en relación a su tenencia- nuevas acciones de igual clase de las que emitan por aumentos de capital. Este derecho, se contempla con el de acrecer en igual proporción a las acciones que posee, a prorrata sobre la que correspondió a otros que no hayan hecho uso de tal derecho.

La doctrina es unánime en señalar que la norma que consagra este derecho, es de orden público, y por lo tanto irrenunciable e inderogable por las partes, como que ella es la protección más segura para mantener inalterable la participación en la sociedad y en la categoría de títulos que el accionista posee.

La exposición de motivos de la ley (Cap.II, secc.V, apartado V nº3 b), 3 "in fine") pone énfasis en destacar que "Es admisible prescindir de este derecho de preferencia en casos particulares y excepcionales, cuando el interés de la sociedad lo exija", lo que será dispuesto por resolución adoptada por Asamblea Extraordinaria (art. 244) y la emisión se integre con aportes en especies o las acciones que se den en pago de obligaciones de preexistentes (art.197).

Son cuatro los extremos que debe reunirse para dar lugar a la exposición:

- a) punto expreso del orden del día referido a la restricción del derecho de preferencia;
- b) resolución tomada en Asamblea Extraordinaria;
- c) ser decidido por Asamblea únicamente cuando el interés de la sociedad lo exija.
- d) estar la emisión destinada a pagar aportes en bienes u obligaciones pre-existentes.

Cabe detenerse en el recaudo que la Asamblea debe decidirlo "cuando el interés de la sociedad lo exija"; su apreciación debe ser estricta, restringida ,

teniendo en vista cada caso concreto, no se la debe considerar cumplida porque no aparezca por un lado evidente la existencia de un interés social comprometido, o por la falta de oposición en la Asamblea, aunque el número de los accionistas concurrentes representen un alto porcentaje del capital social.

Señala RICHARDS (Manual de Derecho Societario Edic. Astrea Ed. 1980 pág. 249) al referirse a la necesidad que la restricción del derecho de suscripción preferente emane de una Asamblea Extraordinaria, que la resolución no puede ser discrecional "ya que debe fundarse en razones atinentes al cumplimiento del objetivo social, (cuando el interés social lo exija)".

En igual sentido, destacando que en estos casos debe adoptarse un criterio interpretativo de máximo rigor señala MANOVIL que " la prevalencia del interés social podrá ser declarada solamente cuando medien exigencias severas de necesidad para la sociedad, que deberán estar vinculadas a cuestiones de gravedad", tal que efecten su subsistencia misma, no, por ejemplo, cuando solo se trate de arri-mar medios para su expansión o un crecimiento de la actividad que no reporte pro-badamente un beneficio adicional para los accionistas preexistentes". El derecho a la integridad de la participación del socio. Ponencia al 2do. Congreso de Dere-cho Societario - octubre de 1979 - Comisión II pág. 229. Cám. Arg. de Sociedades Anónimas.

Del Acta de Asamblea deben resultar elementos de juicios explicativos de la excepcionalidad bajo la cual se actuó, deberá hacerse relación a las situaciones de excepción que decidieron la recepción del dinero, y aclara si ello tuvo lugar previa autorización de un órgano de la sociedad con facultades suficientes o "ad referendum" para que lo fuera con el carácter de aporte irrevocable a cuenta de futuras suscripciones.

Debe resultar que la Asamblea haya estado en condiciones de constatar la ex-istencia de tal recaudo legal "existencia del interés social en juego", que este haya realmente existido, lo cual es estrictamente necesario para que entren a ju-gar las excepciones al derecho esencial de preferencia del accionista.

Cuando se trata de la capitalización de aportes irrevocables y para mejor fi-jar los alcances de la normativa del art. 197 de la ley de sociedades debe tratar de precisarse el real sentido que cabe atribuir en la ley a la expresión obliga-ción preexistente y si los aportes a cuenta de futuras suscripciones lo constitu-yen.

Es ilustrativa y por ello la transcribo la interpretación que ZARLENGA SOLA dá al interrogante de si les corresponde a ellos la calificación de obligaciones preexistentes, así afirman: " Todo parece indicar que allí la ley se refiere a " "deudas contraídas por la necesidad antes de la celebración de la Asamblea y de ninguna manera a aportes efectuados por los socios, ya que como tales, se hicieron con la intención misma - de los socios y la sociedad- de incorporarlos definiti-vamente al patrimonio social, no solo temporariamente y con cargo de devolución. La capitalización de anticipos - una herramienta frecuente mente usada contra las minorías - La Información - Año LI - T, XLI n° 606 y Jun 1980.

Es de recordar en este propósito, la afirmación de GARIGLIO quien con trans-cripción de lo expresado por le vocal Anaya in re "Leyro Diaz R. c/Clínica Oli-vos S.A. Cám. nac. Comercial causa 187.950 - fallo del 13-9-80 - señala: "Que a pe-sar de existir en la sociedad depósitos a cuenta de una primera emisión de accio-

nes, no puede deducirse de ello la obligación de efectuar una emisión destinada a la exclusiva satisfacción de tales suscripciones anticipadas, pues en tal caso ... importaría tanto como excluir a los demás accionistas del derecho de preferencia ... y ... menos aún puede aceptarse la existencia de emisiones destinadas totalmente a la entrega de acciones integradas anticipadamente, toda vez que ello comportaría una inequívoca violación del derecho de preferencia de los demás accionistas " Los aportes a cuenta de futuras suscripciones... Derecho Fiscal T° XXXI n° 381 - pág. 847.

Encuentro debe concluirse de lo relacionado, que si bien el tomar aportes o depósitos a cuenta de futuras suscripciones (objeto inmediato) puede aparecer lícito difícilmente haya conseguido el legislador que al amparo de ello se pudiera llegar a neutralizar el principio de orden público que consagra reconociendo el derecho de preferencia de los restantes accionistas., ello sería servirse de esa obligación como un medio para alcanzar un fin contrario al establecido con carácter inderogable por el legislador y en tales supuestos, tal compromiso, no debe autorizar excepción al principio citado.

Por todo lo expuesto y como conclusión, estimo que a fin de no desnaturalizar el principio sentado en el art.194 de la L.S., han de interpretarse las excepciones con carácter restrictivo, debiendo necesariamente quedar explicitado el interés social y en cuanto a los anticipos a cuenta de futuras suscripciones haber sido aceptado por un órgano de la sociedad con facultades suficientes o "Ad referendum" hasta que se obtenga esa aprobación definitiva.

Cabe analizar el interrogante de si en casos como el presente correspondería que las acciones se emitan con una prima acorde a su valor de negociación, y adelanto que no, cuando los titulares de los aportes son accionistas.

Participo de la opinión PERCEROU quien enseña que si en el momento en que una sociedad aumenta el capital, sus acciones están por encima de la par, parece a primera vista legítimo, se exija de los suscriptores que entren en la sociedad y participen de las reservas, el pago - a través de una prima - por la parte que pasan a adquirir de ellas. Hace hincapié este autor, que debe tratarse de suscripciones o de aportantes, hasta entonces extraños a la sociedad, ya que impuesta esta obligación a antiguos accionistas suscriptores, aparece la prima como careciendo de base jurídica y moral y no tiene justificación porque las reservas ya le pertenecen y no se modifica el eventual derecho al reparto de las reservas entre ellos si usan de su derecho de suscripción o lo ceden a terceros. "Los derechos de los accionistas a las reservas de las Soc. Anón. LL T° 47 Secc. Doctrina p. 1001".

Existe, por lo demás una posición mayoritaria en doctrina que considera en el caso de abonarse prima, ésta no constituye un beneficio, sino un aporte suplementario. Ello está aceptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en los autos Sociedad Comercial de la Plata S.A. c/Gob. Nac. 6.4. 1964 (E.D. T° 7 pág. 888) ha establecido: "La "prima de emisión" de acciones o "sobreprecio" representa la diferencia en dinero entre el valor real de las acciones en relación con el patrimonio social neto y el valor nominal de las mismas; tiende a evitar el perjuicio que la suscripción a la par irrogaría a quienes son titulares de acciones al momento de la emisión y constituye la contrapartida del derecho que adquirirán los suscriptores de las acciones sobre las reservas formadas con anterioridad a su incorporación a la sociedad".

No parece que la prima se justifique en caso de estos aportes y más si se trata de empresas que se encuentran en la oferta pública por la mayor posibilidad de negociación del suscriptor.

==