

SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS AUMENTOS DE CAPITAL SOCIAL

Víctor Zamenfeld

En la ponencia se analiza el tema de los aumentos de capital social, a la luz de la problemática específica que plantean países como el nuestro, con una alta inflación crónica, que, aunque en vías de superación, no ha sido aún olvidada y que, por ello, aún puede producir efectos o generar consecuencias que se deben analizar con particular cuidado.

Utilizado muchas veces como herramienta de poder en mano de las mayorías, la Justicia debe analizar con particular detenimiento, cada vez que la temática le es sometida, el caso que le es sometido, sin generar dogmas o principios que, apriorísticamente, lleven a la desestimación del reclamo.

En tal sentido, el reciente fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, sala D, en el caso "Pereda c/ Pampagro SA", ha suscitado las preocupaciones que generaron la ponencia.

En la ponencia se pretende refutar el principio que se intenta establecer en la materia, tendiente a consagrar, como principio, la irreversibilidad por la sede jurisdiccional, de las decisiones que, como el aumento de capital, constituyen medidas de política empresarial y, como tal, insusceptibles de ser llevada a la mesa de los Tribunales.

Además, se hace un particular análisis de la forma en que se debe valorar el ejercicio del derecho a la información, en especial en lo que hace a la carga de la prueba y, además, se hacen consideraciones sobre lo que constituye el interés esencial de la sociedad, que deberá también tenerse en cuenta.

I.- INTRODUCCION

La profunda crisis de todo tipo que asola al país no puede dejar de repercutir en nuestro sistema jurídico.

En más de una ocasión hemos tenido motivo para tratar el tema desde la óptica del derecho mercantil, para exponer así hasta que punto el mundo forense sufre como el que mas, las consecuencias de aquella.

Ello nos permite advertir como suelen aparecer en nuestro país con alguna

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

frecuencia, mayor cuanto mayores sean los problemas que sufren sus pobladores, soluciones -legislativas o jurisprudenciales- que parecen de trascendencia y que en verdad apenas si pueden calificarse de ingeniosas, nacidas como lo son de la necesidad por superar problemas del momento. Aunque, a veces, esos momentos duren décadas.

Las cuestiones que ha generado la persistente inflación que nos ataca desde hace tanto tiempo, han merecido respuestas legislativas que, en muchos casos, han llegado a configurar una notable maraña legislativa, jurisprudencial y doctrinaria, que sólo los iniciados pueden llegar a transitar con alguna posibilidad de arribar a su cabal conocimiento y que, en ocasiones, inútil será aprehender, porque podría suceder entonces que una nueva crisis, más intensa que la anterior, habrá de alterar nuevamente parte de la normativa vigente.

Bien está que, aparentemente, este fenómeno transita el esperado camino de su desaparición, pero es poco el tiempo que se ha desandado en tal sentido y nadie puede hoy afirmar -con la certeza de lo absoluto- que el fantasma de la inflación, y su aliado inexorable: la inestabilidad económica, no regresarán.

Es evidente que sólo un país inestable genera normas de la variedad y originalidad que acredita el nuestro, pero es difícil suponer que ello constituya un mérito de trascendencia. Ello no quita que la novedad de algunas soluciones deban ser analizadas pero siempre que, al así hacerse, tengamos en claro que ellas constituyen simples y precarias reglas de emergencia, dispositivos llamados a tener una vida efímera, soluciones de circunstancia. Nada, en suma, destinado a perdurar en la historia de las instituciones del derecho.

Esta necesaria desmitificación de *principios*, que no son tales, (pues no sobrevivirían en caso de lograrse alguna vez la tan ansiada estabilidad), debe ser asumida por el jurista, si es que se pretende hacer un análisis desapasionado de determinados supuestos, casos, soluciones. Sólo así se tendrá presente su relativa importancia y se los olvidará cuando el país supere sus conflictos más agudos. Los tiempos que corren, además, nos permiten analizar con mayor serenidad tales temas, en razón del ritmo actual en el que se desenvuelve la economía.

Seguramente, cuando la situación actual se convierta en realidad definitiva, advertiremos entonces como la normativa se reduce sensiblemente, la casuística que nos invade se acota, y determinadas soluciones no dejan de parecer tan importantes, ni trascendentes.

Tal el caso de la temática del aumento de capital en la sociedad anónima, herramienta *útil* cuando cae en manos de minorías inescrupulosas o extorsionadoras, y de mayorías aviesas, sabias en aprovechar los desajustes que en la vida mercantil sufren los valores de los bienes y cómo repercuten en las acciones, que constituyen la representación concreta de aquéllos.

Así, en este último supuesto, resulta fácil maniobrar llamando a innecesarios y abultados incrementos de capital social (en sociedades, las más, que no han

llevado a expresar su capital social en números reales, por razones diversas no imputables a los accionistas) por cuanto, no siendo obligatorio establecer primas de emisión (recuérdese el tan conocido fallo al respecto, de la Cámara Nacional de Comercio de la Capital Federal, dictado in re "Augur SA c/ Sumampa SA", La Ley, tomo 1985-E), convierten a tenedores accionarios (con dificultades financieras) de porcentajes importantes de capital, de un bajo valor nominal y alto valor patrimonial, en accionistas ultraminoritarios, mediante el feroz licuado de sus tenencias, sin que resulte posible encontrar otra solución que la impugnación judicial del incremento intentado, por lesivo, injustificado, arbitrario. Sabiamente, la reciente ley uruguaya, ha resuelto en parte este problema, cuando previó que "no se podrá resolver el aumento del capital social por nuevos aportes sin haber actualizado previamente los valores del activo y del pasivo según balance especial que se formulará al efecto, capitalizando el aumento patrimonial, así como las reservas existentes, siempre que no tengan afectación especial" (art. 287 de la ley 16060, del 1/11/89).

Y, como se insinuó desde el comienzo de estas líneas, esta problemática es realmente grave en países de alta inflación crónica, o con fresca memoria de ella, como el nuestro, puesto que resulta difícil en ellos lograr que el número que exprese el capital, represente en forma más o menos actualizada el valor real del patrimonio societario. Así pues, ésta última es, hasta aquí, una típica problemática nacional, analizable a la luz de nuestras circunstancias, difícilmente susceptible de resolver aplicando a la letra reglas propias de países económica y políticamente estables, que aun así no dejan de suministrar soluciones interesantes, que intentaremos también analizar para el enriquecimiento de las conclusiones de esta ponencia.

Porque, no se piense que la temática del aumento del capital social es grave, sólo en los países de alta inestabilidad monetaria; también en las mas privilegiadas zonas del primer mundo esta mecánica es utilizada por mayorías o minorías que con diversos fines e intenciones, intentan llevar a cabo o impedir su concreción, generando ricos debates judiciales, alguno de los cuales se referirá en el curso de la presente.

II.- LA NO JUSTICIABILIDAD DEL AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL

Conforme lo recuerda Oyhanarte, en su trabajo *Cuestiones no justiciables* (publicado en *Temas de casación y recurso extraordinario, en honor al Dr. Augusto Mario Morello*), no justiciables son aquellas cuestiones que resultan ajenas a toda posibilidad de juzgamiento. Así se viene sosteniendo desde un viejo fallo de nuestra Corte Suprema de 1883, dictado en el caso "Cullen c/ Llerena".

El aludido autor hacía referencia en su análisis, como es obvio, a las decisiones políticas del Ejecutivo (sobre el que centró su opúsculo) sobre cuyo mérito el Poder Judicial no podría pronunciarse, por estarle vedado hacerlo; el Dr.

Héctor M. García Cuerva, glosando estas mismas citas, estimó en tiempo relativamente reciente, que *"resulta fácil traspolar lo expresado allí respecto del mérito de las cuestiones de política empresarial decidida por el comerciante o industrial con relación al destino o utilidad de su inversión"* (en su ponencia *El aumento del capital social como cuestión no justificable*, presentada al Congreso Argentino de Derecho Comercial celebrado en 1990, en la ciudad de Buenos Aires).

En esencia, para el aludido autor, con cita del trabajo *El interés social*, de la Dra. Cohen de Roimiser, los poderes del órgano jurisdiccional no pueden jamás llevar a cabo la apreciación de la conveniencia u oportunidad de la política societaria. La gestión judicial no puede sustituir a la gestión social en materia de aumentos de capital. Entonces, y como principio, el órgano jurisdiccional no debe inmiscuirse en tales casos y sólo *excepcionalmente* cabría llamarla en tutela de excesos arbitrarios. Se produciría una clara inversión del *onus probandi* y sería siempre a cargo del accionista afectado la demostración de la arbitrariedad *extrema* del aumento que se intente ejecutoriar. *"En la medida que la decisión asamblearia no constituya una maniobra pura y simple para producir un daño al interés social, cualquier otra consideración respecto del mérito de la misma es ajena a la decisión judicial"* (de la ya citada ponencia de García Cuerva). Y, para el mismo autor, el tal interés social existirá siempre que exista una decisión asamblearia basada en el principio mayoritario, teniendo como fin la realización del objeto social. Interés social que coincidirá con el voto de la mayoría virtualmente en todos los casos, por cuanto *"si se autorizase una investigación sobre la oportunidad de un acto de gestión social, se desconocería la competencia de la mayoría a fin de establecer o determinar cual es el interés social"*, porque en definitiva *"el interés social se expresa en la decisión del aumento del capital social en base al principio mayoritario"*.

Como se advierte, para quienes se enrolan en la posición de García Cuerva, difícil será determinar cuando un aumento de capital podrá ser atacado de nulidad, ya que la razonabilidad de la resolución empresarial no puede ser revisada, limitándose el control judicial al supuesto en que la decisión *"importe una maniobra para burlar los derechos de los accionistas"*, calificación cuya vaguedad linda con la imprecisión mas absoluta.

Este esquema aparece como exageradamente cerrado y virtualmente impediría cuestionar cualquier aumento de capital social, olvidando que en los países de elevada inflación, en los que los balances de las sociedades mercantiles se vuelven prontamente obsoletos, inadecuados, en los que ni el receso da respuesta -cuando se puede ejercer- a los legítimos derechos de minorías amenazadas de extinción, la solución debe estar siempre orientada a la posibilidad de llevar a cabo el análisis puntual de todo aquello que se encierra tras un aumento de capital.

El país está necesitado de capitales, pero un capitalismo democrático, convencido de sus bondades, no recurre a maniobras extorsivas, ni exterminatorias

de las minorías societarias, tan necesarias para el advenimiento de un capitalismo al alcance de todos, y no de uno feudal, de dominación, autocrático, sólo propenso al diálogo en el momento de la generación del ente y absolutista en las etapas de su desarrollo. Posturas como las que cuestionamos en este trabajo, en definitiva atentan contra la sociedad anónima -institución que pretendemos defender-condenándola antes de haberse difundido como pensamos que debe difundirse.

Y para apoyarnos en lo que hasta aquí venimos sosteniendo, es de señalar que en la materia que hoy nos interesa, la más reciente doctrina francesa señala, en claro distanciamiento de tesis como las de García Cuerva, que *"si el interés social permite una apreciación de las condiciones económicas y financieras de una operación según el punto de vista de los mayoritarios, los magistrados (en el caso en análisis por el autor) también deben tomar en cuenta la noción de interés esencial de la sociedad. Este razonamiento merece nuestra aprobación cuando conduce a distinguir una modificación del contrato social, como terapéutica necesaria para la supervivencia de la sociedad, de una modificación simplemente oportuna o útil (Martine Boizard, El abuso de minoría, en Revue des Sociétés, 1988, p. 365, nº 14 y sigs.). "La justificación de un voto negativo es muy difícil en el primer caso y mucho más sencillo en el segundo" (L. Simont, Reflexión sobre el abuso de minoría, en Mélange J. ROSE, p. 329, nº 17). (Martine Boizard, Revue des Sociétés, oct-dic/1990, p. 615). Volveremos sobre el tema.*

III.- EL CASO "PEREDA RAFAEL Y OTRO C/ PAMPAGRO SA"

En el fallo que da título a este capítulo, dictado por la Cámara Nacional de Comercio de la Capital Federal, sala D, con fecha 22 de agosto de 1989, y publicado en E.D.: t. 136, p. 387, la decisión judicial -que mereciera el elogioso comentario de García Cuerva en su ya citada ponencia- se orientó en el sentido que estamos aquí criticando.

El Dr. Cuartero, vocal preopinante, sostuvo fundamentalmente y en lo que hace al tema que nos ocupa, que:

- 1) el impugnante de la decisión de aumentar el capital social *debe demostrar la extrema* arbitrariedad o irracionalidad dañosa del acto impugnado;
- 2) el accionista disidente debe respetar la política comercial y financiera establecida por el órgano de gobierno de la sociedad y, en todo caso, su disenso debe canalizarse por la vía normal del recesso y no por la impugnación judicial;
- 3) sólo la *extrema* arbitrariedad o irracionalidad dañosa del acto decidido, o cumplido, ingresa en el campo de lo ilícito o antijurídico, y puede ser entonces revisable. Un supuesto tal, sería aquél en que se decide un aumento de capital y (simultáneamente) se rechaza una oferta seria y conveniente de compra de un campo improductivo y de costosa conservación.

IV.- LA CASUISTICA DEL AUMENTO DE CAPITAL

Ya quedó expresado, en sus grandes líneas, nuestro pensamiento en la materia que hoy nos ocupa: en materia de aumentos de capital, debe de considerarse la actualidad argentina, nuestra casuística y peculiaridades, los fenómenos de nuestra economía y las instituciones de derecho societario vigentes.

Ninguna decisión societaria puede violar la buena fe negocial, indispensable en el mundo de los negocios. Los socios no pueden proceder de modo tal que en definitiva su accionar reduzca el grado de virtualidad de la calidad de socio del otro (conf.: Etcheverry, LL; 1983-B-495; LL, 1982-A-82, con nota de García Caffaro; Cám. Nac. Com. Cap., sala D, E.D.: 104-362).

Los accionistas se deben dispensar el mismo trato tanto cuando inician su relación societaria, como cuando la desenvuelven. Esa participación no puede subvertirse, pues el riesgo es socavar así la existencia misma de la sociedad por acciones: ¿Y en un país tan necesitado de la inversión, quién podría llegar a hacerlo, si sabe como se manejan ciertas reglas pensadas para la tutela de la mayoría?: ocurriría que sólo se adquirirían paquetes mayoritarios y deberíamos dejar de esperar la posibilidad de que alguna vez se dé en la Argentina un capitalismo de arraigo masivo en cuanto se acepte la difusión de determinadas prácticas.

No es sólo en la Argentina que se conocen maniobras destinadas a la licuación de porciones de participación social mediante aumentos de capital, pero en nuestro país ellas son más frecuentes de lo normal, y doctrina y fallos como el que comentamos no puede decirse que contribuyan a limitarlos.

Alguna vez Forestier, en L.L.: 1985-D-972, señaló que *"uno de los métodos frecuentemente utilizados por las mayorías, sobre todo en las sociedades cerradas, a los efectos de licuar la participación de los grupos minoritarios es, justamente, recurrir a aumentos de capital, que no solamente no responden a reales necesidades societarias, sino que, incluso, afectan seriamente la intangibilidad de la participación minoritaria que la ley preserva a través del derecho de suscripción preferente, desde que, eventualmente, podría darse el supuesto de imposibilidad material de ejercerlo por falta de capacidad económica, así como que también aparece como abusivo que se obligue a una parcialidad de socios a suscribir un porcentual de capital que no responde, no ya sólo a sus propios intereses subjetivos, sino, ni siquiera, al interés social"*.

Son estas situaciones las que, por su generosa repetición en la práctica societaria nacional, necesitan de una respuesta del hombre de derecho, por cuanto en muchas situaciones configuran típicos abusos de derecho. Para ello debe, como principio orientador, no olvidar jamás que toda resolución societaria, incluso la de aumentar el capital, se fundará necesariamente en la existencia de un interés social concreto (art. 248, ley 19.550); deberá ser razonable, aplicando en tal sentido el

criterio que impone al vocablo que hemos destacado en negrita, el art. 70 de la misma ley; y tendrá siempre en cuenta, en toda ocasión, cómo se sucedieron los hechos en cada caso que en concreto se analicen, desterrando la creación de principios como los que estamos criticando, puesto que ellos, en definitiva, no son tales y sólo acaban por conculcar derechos fundamentales del hombre, cuales son los de comerciar y asociarse para ejercer industria lícita (y útil, que tanto la necesitamos nuestro país).

Farina, (véase su *Tratado*, t. II, B, p. 273), apunta que en ocasiones "*una mayoría cuyos integrantes son económicamente fuertes, suelen resolver el aumento de capital con el sólo fin de achicar la proporción en el capital social de una minoría que no está en condiciones de suscribir el aumento o simplemente que no está dispuesta a hacerlo ante el convencimiento de que se haría un desembolso inútil de su parte, inútil porque no mejoraría con ello su participación en la empresa, ni con ello se crearía la expectativa de percibir mejores dividendos*".

Por eso es que no sólo en nuestro derecho se suelen sostener, en nuestra opinión en la correcta doctrina, que cuando los grupos de dominio tratan de imponer su interés, la ley y la jurisprudencia deben de oponerle obstáculos en resguardo del valor Justicia. Así lo refieren Garrigues - Uria, en su comentario a la ley española recientemente modificada (*Ley de sociedades anónimas española comentada*, t. I, p. 61 y sigs.), el primero de los cuales agrega que lamentablemente en tales casos "*la dogmática de la sociedad puede quedar intacta; es fácil cometer estos atropellos sin violar prescripciones concretas de la ley o de los estatutos*". "*Pero hay exigencias de justicia que están por encima de la observancia de las normas jurídicas escritas y no permiten dejar desamparados a los accionistas perjudicados por esos acuerdos mayoritarios de la junta*" (Garrigues, *Tratado*, t. I-2, p. 1005), razón por la cual la ley ampara eficazmente el derecho de las minorías cuando resulte atropellado por la fuerza de los poderes mayoritarios, "*permitiendo la impugnación de los acuerdos en que se lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas. Si esta impugnación no fuese posible, sería irrisoriamente injusto el postulado de la sumisión del accionista al voto de la mayoría*" (Garrigues-Uria, *op. y loc. cit.*, nº 22).

En tal sentido parece interesante volver a la cita (a que nos referimos en II, parte final, de éste) que, en lo referido al interés esencial de la sociedad, refiere la doctrina francesa. Al que añadiríamos, para determinar cuando se está en presencia de una pretensión de aumentar el capital no cuestionable judicialmente, el de la determinación del real interés personal de la minoría en el bloqueo de la decisión (recordemos que la mayoría que establece el art. 153 de la ley de sociedades comerciales de Francia de 1966, para las resoluciones de la asamblea general extraordinaria de accionistas, es la de los dos tercios de los votos emitidos, sin computarse los votos en blanco). En ese sentido se considera que existe abuso de minoría cuando el mismo se exterioriza en forma de un compartimiento sistemático

de oposición, no constituyendo tal la simple decisión de rehusarse a votar sobre una operación determinada.

Entonces, volviendo a nuestra realidad, cabe sostener que en los casos de impugnación de nulidad, cada aumento de capital deberá ser seriamente analizado pues cada caso constituye un universo en sí mismo, con su historia, sus reglas, sus causas, sus fines, su realidad en suma. Es, en general, lo que constituye la esencia del tema en todo el derecho comparado de inspiración continental europea que se desee consultar.

V.- UN CASO RECIENTE DE DERECHO COMPARADO

Un fallo de la Corte de Apelaciones de París, del 26 de junio de 1990 (en "Revue de Sociétés", t. 4/1990, p. 613, in re: "SA Fromageries Bel et autres c. SA des Fromageries Paul Renard"), nos orientará en lo que pensamos que constituye el criterio correcto en la materia.

El grupo "Bel" poseía votos suficientes (38,7%) en la sociedad Paul Renard, como para ser considerada minoría de bloqueo, lo que produjo como consecuencia el fracaso de la asamblea de accionistas llevada a cabo para lograr el aumento del capital social, dirigido a triplicar el que a ese momento tenía. La sociedad, entonces, demandó por abuso de minoría (uso abusivo del derecho de voto), y por el pago de una indemnización.

El Tribunal, analizando las circunstancias del caso, advierte, entre otros puntos, que: a) "Bel" no participaba del directorio; b) en tres asambleas sucesivas "Bel" había rehusado votar en favor del aumento pedido por la sociedad "Paul Renard"; c) en esos tres años la sociedad había obtenido cada vez mas utilidades, de ejercicio a ejercicio; d) un aumento de capital como el pedido requería de una información a los accionistas muy precisa, sobre sus fines y métodos de realización; e) aun cuando siempre pueda sostenerse que una sociedad habrá de tener necesidad de fondos para acrecentar los que posee, tanto para modernizar sus establecimientos, como para reforzar sus medios y métodos de comercialización, objetivos expresados en términos tan generales no pueden atenderse recurriendo al mecanismo del aumento del capital de una magnitud como la requerida en el caso; f) el grupo "Bel" actuó positivamente en otros temas, como lo fue la aprobación de los estados contables anuales (demostrativo de la existencia de interés social); g) el incremento propuesto, cuya onerosidad es notoria; licuaría la participación del "Bel" en la sociedad, de admitirse el mismo y no poder (o no querer) el grupo hacer frente al sacrificio financiero que ello le podría significar.

Luego de este análisis, el Tribunal entendió que tenía facultades para analizar el aumento de capital traído al debate judicial, no rehusándose, así, a penetrar en el seno de la cuestión traída, que no considera cuestión ajena a su competencia jurisdiccional. La demanda fue rechazada, luego de un profundo e intenso estudio

de todos los temas en debate, que no rehusó considerar y que es lo que resulta destacable a los fines de nuestro trabajo.

VI. EL DERECHO A LA INFORMACION

Grave nos parece que, para poder impugnar un aumento de capital, sea menester acreditar una arbitrariedad o irracionalidad dañosa extrema. No se advierte razón alguna que justifique acreditar una situación *in extremis* para poder merecer el amparo judicial. No puede calificarse en grados la arbitrariedad, la irracionalidad, por lo que, verificada su existencia, será procedente la acción que se intente en su contra. Se nos ocurre que la doctrina que estamos criticando, de hacer escuela, virtualmente impedirá cuestionar actos lesivos al interés social, bajo la apariencia de tutelarlos y esto es lo mas grave.

En tal sentido, cabe apuntar que luego del caso "Pereda", comienzan a ser importantes en número, los fallos que, adhiriendo a la concepción que del mismo se deriva e invocando sus fundamentos, hacen cada vez más limitados los supuestos en que se intenten formular reclamos judiciales enderezados a resolver abusos de mayoría. "La irrevisibilidad del acierto o error de medidas de política empresarial de orden económico financiero" corre el riesgo, así, de convertirse en un nuevo dogma, barrera difícil de superar en la sede jurisdiccional. En tal sentido pueden verse, entre otros, los casos "Gowland Marcelo y otro c/ ITA SA s/ sumario" (CNComCap, sala "C", 23/3/90) y "Finkelstein Simón L. y otro c/ Sauler S.A. y otros s/ ordinario". (id. ant., 13/3/91).

No es exacto que mayoría e interés social sean conceptos sustancialmente coincidentes o, lo que es peor, que el uno contenga al otro. Nada amerita tal concepción, negatoria de la realidad societaria misma y de los fenómenos que ella presenta entre nosotros, en los que el ejercicio de la mayoría se pone en función - en no pocas ocasiones- de la destrucción de minorías accionarias que sólo tienen, como única vía de tutela, la intervención de los Tribunales de Justicia. Pero, además e igualmente, la noción sobre el "interés esencial" de la sociedad, tal como ha sido explicado en II, in fine, no debe de perderse de vista en cada caso que en concreto se analice. Y es de esperar que en el futuro así sea, variando la orientación del caso comentado en III.

En este último fallo se hace una referencia al recesso, como derecho del accionista minoritario con el cual este último puede defenderse de una decisión cuestionable en la temática que hoy nos ocupa. No es así.

Es que el derecho a retirarse de la sociedad no se concede en los casos de aumento de capital dentro del quíntuplo, mediante desembolso efectivo, que es el supuesto que con mas frecuencia se da en la patología societaria de las sociedades que no cotizan en bolsa.

Además sucede, aun en los casos en que es pertinente receder, que en épocas

de inflación, recesión y crisis, los balances societarios no toleran el paso del tiempo sobre un ejercicio social y, así, el valor que sobre tales estados contables se puede llegar a establecer para los accionistas disconformes, no reparará mínimamente el valor que para él significa su parte.

Cierto es que, en algunos casos, los índices de ajuste que se tomen para actualizar los valores de balance puedan llegar a satisfacer las expectativas del accionista minoritario, pero nuestra experiencia nos indica que en tales supuestos la mayoría dominante se cuidará mucho de proponer un incremento de capital, si sus reales intenciones apuntan a generar conflictos con la minoría y no al interés de la sociedad.

Finalmente, no creemos que el receso pueda ser invocado para demostrar la imposibilidad virtual de atacar aumentos de capital no extremadamente irracionales o arbitrarios, porque atenta contra la existencia de la sociedad comercial que un mecanismo creado para resolver situaciones límite, se invoque para legitimar la prepotencia de las mayorías y porque choca contra el sentido común que ello sólo pueda contrarrestarse empujando al accionista a dejar el ente que contribuyó a fundar o que ayudó a consolidar. Pobre apoyo daríamos a la sociedad mercantil propugnando tal solución frente a conflictos que racionalmente deben solucionarse conteniendo al socio y no invitándolo a marcharse. Sería virtualmente legitimar la violencia que estamos criticando.

Otra opinión que no compartimos, es la referida a la inversión de la carga de la prueba. No existe razón para presumir que ella siempre estará en cabeza del impugnante. Es aquí que notamos que no se ha tenido en mira todo el procedimiento generado en tutela de los socios y del interés social mismo, para la solución del caso; mecanismos creados tras una larga evolución de ese valioso instrumento del mundo mercantil moderno denominado sociedad anónima.

La respuesta a la problemática pasa por una cabal, leal, utilización del derecho a la información. Sobre ella, en general, nos remitimos a trabajos anteriores de nuestra autoría (especialmente el que publicásemos en L. I., t. LV, p.616).

Es notable advertir como ese derecho suele ser generalmente violado en los casos de aumentos de capital que persiguen fines injustos, desviados del interés social, en muchos casos y como lo señalaba el maestro Garrigues, bajo la apariencia de cumplirse con todas las formas que la ley establece al respecto.

Es un espectáculo común que, en tales supuestos, se viertan explicaciones - cuando se dan - superficiales, absurdas, inconsistentes. O que se cierre abruptamente el debate, en pleno desarrollo. Y si el derecho a la información se tutela con particular rigor, por ej., en el caso de los estados contables (arts. 63 y siguientes, LS), con mucha mayor fuerza deberá cuidarse en los supuestos que aquí tratamos. Hacia allí deberá orientarse la indagación jurisdiccional, a pesar que la doctrina y fallo citados parecerían ignorar la cuestión.

VII.- NUESTRA PONENCIA

Así, entonces, cabría sintetizarse la propuesta contenida en esta ponencia. En lo que hace a la temática que nos ocupa:

1) no cabe adherir a la teoría que, en materia de irrevisibilidad de resoluciones societarias, viene impuesta a partir del caso "Pereda c/Pampagro", en especial en lo que hace a los requisitos de extrema arbitrariedad de las decisiones asamblearias que el mismo exige;

2) deberá verificarse minuciosamente si se ha o no conculcado el derecho a la información del accionista en materia de aumentos de capital. En cada caso en particular deberán distinguirse diversas hipótesis:

2.1.) supuestos en que no se informa, o se informa mal; o en forma inconsistente, o se cierra intempestivamente el debate. Cabrá presumir la ilegitimidad del aumento, y la carga de la prueba no es a cargo del impugnante, sino de la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad de directores y síndicos por tal hecho;

2.2.) casos en que se informa razonablemente. Se invierte la carga de la prueba y la misma estará a cargo del nulidicente;

2.3.) casos en que la información debe darse acompañada de informes técnicos recién presentados a la asamblea y no antes de ella y con tiempo suficiente. De no otorgarse un cuarto intermedio razonable para el análisis, el supuesto será asimilable al referido en 1) y se le aplicará la solución allí indicada (teniendo en cuenta para esta posición, la existencia de un plazo -15 días- previsto en el art. 67, primer párrafo, ley 19550, aplicable por analogía);

2.4.) casos dudosos acerca de si la información ha sido o no leal, eficaz, amplia, suficientemente brindada: se aplicará en principio el criterio indicado en 2).

Claro se ve la indispensable necesidad, en nuestra opinión, de verificar con detalle cómo y cuando se dio la información, y de qué modo se respeta éste, tan vital derecho del accionista. Tanta como verificar cómo y de qué manera se resguarda o protege el interés esencial de la sociedad en cada decisión y como se inserta el concepto de interés social en cada caso en particular. En suma, que no puede rehusarse asumir la tarea plena de verificar, en cada caso en particular, lo acaecido, tarea claramente justiciable, que Tribunal alguno puede ignorar, no obstante su notoria dificultad.

Abuso de mayoría, o abuso de minoría, son, en muchos casos, cara y cruz de una misma moneda. El magistrado no puede rehusarse a así considerarlo para determinar cuando se da uno, otro, u ambos a la vez, y resolver en su consecuencia. Que la no justiciabilidad de los casos operará cuando ella sea notoria, manifiesta, seguramente excepcional.

Comprenderlo, será comprender la problemática misma de la sociedad por acciones y defenderla vigorosamente será rescatar un instrumento vital para nuestro desarrollo.