

## **IMPUGNABILIDAD DE LOS AUMENTOS DE CAPITAL SOCIAL**

**ENRIQUE A. BUSTAMANTE Y MARIANA P. RECIO**

### **PONENCIA:**

Las decisiones asamblearias que aprueban aumentos de capital social son susceptibles de ser impugnadas en los términos del art. 251 de la L. S. cuando implican un ejercicio abusivo de derechos o persiguen fines extrasocietarios.

### **FUNDAMENTOS:**

Numerosos son los autores que consideran viable la impugnación de una decisión asamblearia de aumentar el capital social, por lo que habremos de efectuar una breve reseña de las opiniones de algunos de ellos.

En primer lugar habremos de citar a Ignacio A. Escuti (h), quien en su artículo "Los derechos individuales de los accionistas y el aumento de capital" (T. V., Derecho empresario, pág. 407) se refiere en particular al derecho de impugnar las decisiones asamblearias, sosteniendo que es indubitable la procedencia de la impugnación de la decisión asamblearia de aumentar el capital social cuando dicho aumento persiga fines espurios, contrarios al interés social, tal como la inten-

ción de “aguar la participación de la minoría” y no busquen satisfacer una real necesidad.

En el mismo sentido que el expresado se ha enrolado la ponencia titulada “Impugnación del aumento de capital”, presentada en la Comisión III del Primer Congreso de Derecho Societario, en la que los doctores José Ignacio Romero y Efraín Hugo Richard, también expresaron que la decisión asamblearia que decide el aumento de capital social es impugnabile de conformidad a lo establecido en los artículos 248 a 251 y 254 de la L. S., si dicha decisión es tomada fuera del marco del interés social y con el objeto de aguar la participación societaria de la minoría.

Por su parte, Juan Carlos Forestier, en “Nulidad de la resolución asamblearia que decide el aumento de capital con fundamento en el abuso de derecho de la mayoría”, LL 1985-D, págs. 972/978, en forma conteste con la postura que propiciamos, sostiene la impugnabilidad de las decisiones de aumentar el capital social cuando las mismas no respondan a intereses reales de la sociedad sino que constituyan una herramienta para licuar la participación de grupos minoritarios totalmente contraria al interés social.

Tal es precisamente el caso en que al decidirse un aumento de capital social, realizado con el único fin ilícito de licuar la participación de los accionistas minoritarios, además se resuelve su integración “en efectivo y al contado” sabiendo de antemano que la minoría no podrá integrarlo, o también se aprueban importantes honorarios a los directores (generalmente accionistas mayoritarios) que insumen casi la totalidad del aumento resuelto, demostrando así claramente su innecesariedad.

También ha habido casos en que con posterioridad a la decisión de aumentar el capital social se aprobaron utilidades y hasta dividendos por sumas superiores a los montos requeridos a los accionistas en concepto de aportes.

Es que dichos aumentos de capital social que encubren un fin extrasocietario no responden a las necesidades financieras y económicas de la sociedad, sino que agotan su finalidad cumpliendo el fin doloso de la mayoría, cual es licuar la participación de las minorías.

Sostiene también la judiciabilidad de los aumentos de capital, Rafael Mariano Manóvil, quien expresa la necesidad del análisis de la razonabilidad y justificación del aumento de capital. A su juicio, los criterios de razonabilidad y de prudente administración que el art. 70

de la ley exige para la formación de reservas que no sean las legales deben, tanto más, regir el supuesto de aumento de capital, ya que más gravoso aún que privar al socio de su expectativa al reparto periódico de las utilidades, es exigirle nuevos desembolsos.

Sin perjuicio de lo expuesto y a los fines de palear los efectos nocivos que trae aparejado un aumento de capital resuelto con el objeto de licuar a los accionistas minoritarios, contamos con la posibilidad de "emitir acciones con prima". No obstante ello, la utilización de dicha herramienta también quedará a merced de lo que pueda resolver la mayoría que precisamente aprobó la decisión de aumentar el capital social, cuestión que no analizaremos en profundidad por exceder el marco de la presente ponencia.

Este tema también fue tratado en el V Congreso de Derecho Societario, celebrado en Huerta Grande, 1992, habiéndose presentado tres ponencias favorables a la judiciabilidad del aumento del capital social por los Dres. Víctor Zamenfeld, Daniel Vítolo y Daniel Mario Crespo.

Por su parte, Carlos S. Odriozola, en su artículo "Acerca de la interpretación del art. 248 de la L. S." (ED 164-971) y en la ponencia titulada "Los artículos 248 y 251 L. S., Las acciones de resarcimiento y de impugnación", expresa que una resolución asamblearia que decide un aumento de capital resulta argumento suficiente de una acción de impugnación cuando, sustentado únicamente en un abuso de mayoría o de poder, se dice el mismo con el fin de colocar a los accionistas minoritarios en la disyuntiva de efectuar un esfuerzo económico, a veces imposible, para no ser licuados en su participación accionaria u obligados, en su caso, a ejercer el derecho de receso.

Es preciso destacar de conformidad a lo expuesto que no "todo aumento de capital" es susceptible de ser impugnado por el solo hecho de decidirse el mismo, sino que debe ahondarse en la verdadera finalidad perseguida con el mismo.

Así, un aumento de capital social resuelto con el claro objetivo de licuar la participación de los socios minoritarios, decisión totalmente ajena al interés social y violatoria del derecho de propiedad consagrado por nuestra Constitución Nacional, podrá ser susceptible de una acción de impugnación.

Por su parte, la jurisprudencia también ha consagrado la impugnabilidad judicial de los aumentos de capital.

En tal sentido nuestros Tribunales han señalado que:

*“...la invalidez de la resolución asamblearia puede resultar de que la decisión de aumentar el capital encubra maniobras de algunos accionistas en perjuicio de otros. En estos supuestos no ha de prevalecer el principio mayoritario, en tanto la resolución asamblearia se haya logrado mediante una votación apartada del fin para el cual se encuentra atribuido el ejercicio de los votos y establecido el poder de decisión”* (del voto del Dr. Anaya) (CNCom., sala C, 28-12-84, “Augur SA c/Sumampa SA”, LL 1985-E-12, ED 114-373).

*“...sobre el particular debo señalar que los actos jurídicos dejan de ser tutelados por el ordenamiento legal, cuando sus titulares atrincherados detrás de los límites objetivos y meramente formales del precepto, se sirven de la ley para el logro de objetivos inconfesables. Se entra así de lleno en lo que ha dado en llamarse el ejercicio antifuncional de las prerrogativas legales, aún cuando se intente cobijarse bajo una pretensión aparentemente lícita; porque se hallan en juego, por una parte, el imperio de la buena fe y por la otra, ese principio más general del ordenamiento jurídico, cual es, que los derechos han de ejercerse sin desviar el fin del instituto, o sea, sin que medie abuso...”* (“Rittner, Irene Mónica y otros c/Lago Espejo Resort S.A. s/Medidas Cautelares”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 21 Secretaría 41, 21-9-99).

*“...entiende el Tribunal que, más allá de lo que pudiera resolverse en definitiva acerca de la cuestión una vez tramitado el pleito que deberá promoverse, existen –hoy por hoy y en esta etapa del procedimiento– una serie de indicios y elementos de juicio que autorizan a asignar cierto grado de verosimilitud a la versión de los hechos aportados por los apelantes, particularmente en punto a la posibilidad de que el aumento de capital aprobado en la asamblea pueda haber constituido una maniobra tendiente a diluir la participación de los actores en la sociedad...”* (CNCom., sala C, 31-3-2000, “Bianchi, Héctor Raúl y otro c/Fresh Ones SA y otros s/Medida precautoria”, ED del 10-11-2000, p. 1),

Sumamente interesante resulta el voto del Dr. Alberti en autos “Abrecht, Pablo A. y otra c/Cacique Camping S.A.”, en especial por la descripción de los supuestos fácticos en dichos autos que lo llevaron a señalar que: *“...La solución para dar a este tema ordenatorio no será hallada a partir de presupuestos apriorísticos [...] la solución ha de ser buscada en los hechos del caso; mediante la indagación de cuál fue la intención dolosa atribuida a la resolución, y cuál fuere la lesión*

*producida por esa resolución al derecho de propiedad de los accionistas...*" (CNCom., sala D, 1-3-96, "Abrecht, Pablo A. y otra c/Cacique Camping S.A.).

Resulta apreciable la doctrina del fallo citado en cuanto a que la elaboración de un acto sólo extrínsecamente societario, obra de una voluntad cuya intencionalidad fue ilegítima porque tendió al desapropio de bienes de otros, configuró un supuesto inequívocamente reprobado por el art. 953 del Código Civil.

Por suerte nuestros tribunales, como hemos descripto precedentemente, han tenido más de una oportunidad para sancionar voluntades como la que aquí se advierte, viciadas de dolo al tener una intención lesiva, cual es provocar la reducción de la participación societaria de las minorías.

También han sido materia de suspensión de decisiones asamblearias que aprobaron aumentos de capital aquellos casos en que el orden del día correspondiente carecía de precisiones en cuanto a la entidad económica del incremento y las condiciones de emisión (CNCom., sala C, 4-7-91, en autos "17 de Abril S.A. y otro c/Cervecería Santa Fe S.A. s/Incidente de medidas cautelares s/Incidente de apelación art. 250 CPCC; y fallo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 11 de la Capital Federal en autos "Cadario Delmo, F. L. c/CAPEA SAICYF s/Incidente de medidas cautelares")..

No podemos ni debemos olvidar que todo aumento de capital no es un simple trámite que comienza y termina de un día para el otro, sino todo lo contrario, debe ser una decisión mediata, fundada y con un amplio conocimiento de sus implicancias.

En virtud de lo expuesto es que sostenemos la impugnabilidad de aquellos aumentos de capital que, tras un manto de aparente legalidad, persigan fines extrasocietarios, debiendo en consecuencia indagarse los presupuestos fácticos de cada situación para determinar la verdadera legalidad o no de las decisiones asamblearias que resuelven aquellos.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

1. ESCUTI (h), Ignacio A., *Los derechos individuales de los accionistas y el aumento de capital*, t. V, Derecho empresario, pág. 407.

2. ROMERO, José Ignacio y RICHARD, Efraín Hugo, *Impugnación del aumento de capital*, ponencia presentada en la Comisión III del Primer Congreso de Derecho Societario, año 1979.
3. FORESTIER, Juan Carlos, *Nulidad de la resolución asamblearia que decide el aumento de capital con fundamento en el abuso de derecho de la mayoría*, LL 1985-D, págs. 972/978.
4. MANÓVIL, Rafael, *El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluído de la caducidad del art.251 de la LS en un fallo que marca un hito*, ED, t. 168 págs. 545 y ss. ODRIOZOLA, Carlos S., *Acerca de la interpretación del art. 248, L.S.*, ED 164-971.
5. ODRIOZOLA, Carlos S., *Los artículos 248 y 251 LS. Las acciones de resarcimiento y de impugnación*, ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario (Mar del Plata 1995).
6. CNCom., sala C, 28-12-84, "Augur SA c/Sumampa SA", LL 1985-E, 12, ED 114-373 - voto del Dr. Anaya.
7. "Rittner, Irene Mónica y otros c/Lago Espejo Resort S.A. s/Medidas Cautelares", Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 21 Secretaría 41, 21-9-99.
8. CNCom., sala C, 31-3-2000, "Bianchi, Héctor Raúl y otro c/Fresh Ones SA y otros s/Medida precautoria", ED, 10-11-2000, pág. 1.
9. CNCom., sala D, 1-3-96, "Abrecht, Pablo A. y otra c/Cacique Camping S.A.
10. CNCom., sala C., 4-7-91, en autos "17 de Abril S.A. y otro c/Cervecería Santa Fe S.A. s/Incidente de medidas cautelares s/Incidente de apelación art. 250 CPCC".
11. Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 11 de la Capital Federal en autos "Cadario Delmo, F. L. c/CAPEA SAICYF s/Incidente de medidas cautelares".