

Comisión III.

DERECHO DE RECESO Y AUMENTO DE CAPITAL

IGNACIO A. ESCUTI (h.).

En la ley de sociedades comerciales argentina el aumento de capital no otorga derecho de receso¹.

1. — El art. 245 de la Ley de Sociedades (L.S.), norma que otorga el derecho de receso, facultad de los accionistas disconformes para separarse de la sociedad cuando la asamblea toma determinadas resoluciones, remite al último párrafo del art. 244.

Dicho párrafo regula modificaciones estatutarias calificadas como "supuestos especiales", dentro de las cuales no se menciona el aumento de capital.

2. — Por imperio del art. 217, las acciones con preferencia patrimonial —que pueden carecer de voto— tienen indefectiblemente derecho de voto en lo referente a las materias incluidas en el cuarto párrafo del art. 244. En cambio, no ocurre lo propio con el aumento de capital.

¹ Conformes: J. M. Faripa, *Sociedades anónimas*, Ed. Zeus, 1973, p. 184; Vergara del Carril, *El aumento del capital y el derecho de receso*, "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", Depalma, 1973, p. 239; J. E. Fernández, *Estudios de sociedades comerciales en homenaje a Carlos J. Zavala Rodríguez*, Astrea, 1973, I, p. 210; Moglia Claps, *El aumento de capital*, "J.A.", 1973-669; J. L. García Caffaro, *El semilegisado receso por aumento de capital*, "L.L.", 156 (27/11/74); Arecha y García Cuerva, *Sociedades comerciales*, Depalma, 2ª ed., cambiando de criterio respecto de la 1ª edición, p. 364; Ignacio A. Escuti (h.), *La interpretación de la ley y el receso por aumento de capital*, en "L.L.", 156 (23/10/74).

Contra: I. Halperin, *Sociedades anónimas. Examen crítico del decreto-ley 19.550*, Depalma, 1974, p. 633; Zaldivar, Manóvil, Ragazzi, Rovira, *Cuadernos de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1975-II, 2ª parte, ps. 405/406; Segal, Lagos y Ciliberto, *Ley de sociedades*, Ed. La Ley, 1973, p. 555.

3. — Las acciones de voto plural carecen del mencionado privilegio cuando se trata de los supuestos contemplados por el art. 244.

Al contrario, para decidir el aumento del capital, las acciones de voto plural mantienen plena vigencia.

4. — Consecuentemente, el quórum y la mayoría requeridos para decidir acerca de los supuestos especiales es mucho más estricto que el necesario para resolver el aumento de capital.

5. — La ley otorga igual tratamiento a la decisión de incorporar otra sociedad y a la resolución que dispone el aumento del capital. El art. 245 dispone expresamente que no corresponde el receso a los accionistas de la sociedad incorporante. Como consecuencia lógica e ineludible, el aumento de capital no puede otorgar el derecho a recesar.

6. — Quienes sostienen la procedencia del receso fundamentan su posición en el segundo párrafo del art. 245, cuyo texto expresa: "En las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones o se hallan autorizadas para la cotización de las mismas, los accionistas no podrán ejercitar el derecho de receso en los casos de aumento de capital y de fusión de la sociedad". Agregan como argumento que la interpretación coincide con la exposición de motivos (cap. II, sec. V, parc. VIII, nº 3).

Creemos vislumbrar las motivaciones de quienes sustentan el mencionado criterio. Nos parece que la última razón determinante de tal posición radica en la tendencia tan común, humana y natural, de tender a la defensa de los más débiles.

Así es que, a nuestro criterio, se pretende paliar los efectos de una maniobra bastante frecuente. Ella se consuma por intermedio de accionistas con poder económico para suscribir el aumento de capital que la sociedad disponga, y se realiza en desmedro de otros accionistas carentes de medios para suscribir la nueva emisión.

Ésa y no otra es la razón, ya que no puede argüirse que nadie puede ser obligado a contraer nuevas obligaciones, pues el accionista es libre de suscribir o no el "nuevo" capital.

Tal tesis no tiene en cuenta que la sociedad anónima es, como lo ha señalado Ripert, el más eficaz instrumento del capitalismo contemporáneo y, según gráficas expresiones de Garrigues, un capital con personalidad jurídica. En ella se valora al socio por su aporte, y no por sus condiciones personales.

Sin embargo, para ambas circunstancias existen dos remedios:

a) el accionista está suficientemente protegido por el art. 194, que consagra el derecho de suscripción permanente;

b) como lo ha resuelto la Corte de Casación italiana (12/2/51), citada por Ascarelli, corresponde la impugnación de la decisión de aumentar el capital cuando no existe interés social por él (L.S., arts. 251 a 254).

Por otra parte, si hacemos un poco de historia podemos observar que en los antecedentes inmediatos de la ley, el aumento de capital no otorgaba el derecho de receso. En efecto, ni el anteproyecto de 1967, ni el de 1968, preveían el aumento de capital como causal de receso. Lo propio ocurre con las respectivas exposiciones de motivos.

Creemos que el segundo apartado del art. 245, de donde surge una interpretación *a contrario sensu*, con la cual discrepamos², pese a la opinión de algunos miembros de la comisión redactora³, tiene su origen en el art. 7 de la ley 19.060, del cual —en la parte pertinente— es copia textual, norma que tuvo su razón de ser durante la

² Desde un punto puramente lógico no puede realizarse objeción a tal interpretación; sin embargo, amén de ella debe jugar un criterio teleológico que surge del sistema legal. Cfm.: K. Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés, Guadarrama, 1967, p. 184; K. Lorenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1966, traducción castellana de Gimbernat Ordeig, p. 301.

³ Halperin, ob. y lug. cit.; Zaldívar, ob. y lug. cit. Por su parte, Odrizola, "L.L.", 86-789, si bien antes de la sanción de la Ley de Soc., ampliando lo sostenido por Rivarola, expresa que con el aumento del capital puede afectarse el interés de los accionistas: a) porque sea innecesario el nuevo capital para el giro de los negocios y traiga como consecuencia una disminución de los dividendos de los antiguos accionistas; b) porque se ofrezcan a los suscriptores de las nuevas acciones, mayores ventajas o preferencias que a los anteriores; c) la menor gravitación en las asambleas por haber quedado reducido proporcionalmente el número de votos que poseían.

Acotamos que "lo que el legislador quiso no lo sabemos sino a través de la ley o, mejor dicho, a través de todo el sistema del orden jurídico, de suerte que no hay otra posible investigación de la voluntad del legislador que la interpretación objetiva" (L. Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1961, p. 529); "La ley puede ser más inteligente que su autor" (G. Radbruch, *Filosofía del derecho*, 4ª ed., Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 148); "La ley es más sabia que el jurista porque ella es precisamente quien le enseña derecho" (S. Soler, *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, p. 190, nota 15).

vigencia del Código de Comercio, cuyo art. 354 otorgaba el receso ante el aumento del capital ⁴.

7. — Como derivación, sostenemos que el aumento de capital no otorga el derecho de receso en la actual legislación argentina.

⁴ Pensamos que el 2º párrafo del art. 245 es producto de la premura —justificada, por cierto, pues nuestro país requería urgentemente una gran ley como la que hoy tenemos— con la cual actuó la Comisión Reformadora, tal como surge del mensaje de elevación. En efecto, el 23/12/68 la C. R. elevó el anteproyecto y, aparentemente, no trabajó más en él hasta el 16 de noviembre de 1971, fecha en que se volvió a convocar a la Comisión Reformadora con el propósito de que se revisara el anteproyecto en razón del tiempo transcurrido y “atento a que mientras tanto se habían promulgado leyes que, como la 19.060, incidían en el régimen de las sociedades anónimas” (mensaje citado), que elevó definitivamente el proyecto sólo seis días después: el 22 de noviembre.