

Comisión III.

ETAPAS DEL AUMENTO DEL CAPITAL DE
SOCIEDADES POR ACCIONES

HÉCTOR MARÍA GARCÍA CUERVA.

En casos de aumento de capital debe distinguirse la etapa deliberativa de la etapa ejecutiva, debiendo establecerse que el *iter* del aumento culmina con la inscripción en el Registro Público de Comercio de la declaración directorial de que se ha suscrito total o parcialmente e integrado en la proporción requerida el aumento resuelto en la asamblea de accionistas, siendo esta inscripción constitutiva del aumento de capital.

La ley vigente reglamentó casi exclusivamente la faz deliberativa del aumento del capital social disponiendo que deliberado el aumento por la asamblea de accionistas —ordinaria o extraordinaria, según el caso— la resolución asamblearia se publicará e inscribirá.

Sólo contiene algunas muy breves y escuetas referencias respecto de la faz ejecutiva de aumento, es decir, la suscripción e integración y la emisión de las acciones, tales como los arts. 190 y 191, y ninguna norma tendiente a exigir la necesaria publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio de la comprobación de la suscripción e integración o de la posterior emisión de las acciones que cubrirán el aumento resuelto por la asamblea.

Es éste, a mi juicio, un defecto de nuestra legislación, que sólo puede verse purgado en el caso de que se trate de una asamblea en que estén presentes todos los accionistas y éstos ejerzan en el mismo acto su derecho preferente o lo renuncien expresamente y en ella se resuelva el aumento, la clase de acciones que cubrirá ese aumento y la suscripción por los accionistas presentes con integración conjunta

y simultánea del aporte en especie o del 25 % del aporte en efectivo, ya que en todos los otros casos habrá que hacer una distinción entre la resolución asamblearia que autoriza el aumento y la efectiva cobertura, suscripción e integración del aumento del capital.

Sabidamente, De Gregorio¹ dice: "Cuando el capital social se aumenta en las formas y bajo las condiciones establecidas por la ley, sustituye el rubro primitivo, el capital así aumentado y como aquél se registra en el pasivo; pero, ¿en qué momento a los efectos de esta inscripción puede considerarse aumentado? ¿Bastará que la resolución se tome de conformidad con el art. 158 y que esté depositada, trascrita y publicada según lo establece el art. 96? La ley no resuelve expresamente la cuestión, ya que se limita a regular la resolución del aumento, y no su ejecución, pero yo creo que de su sistema debe deducirse el principio de que sólo el acuerdo efectivamente suscrito puede registrarse en su balance. En efecto, hasta que las nuevas acciones no hayan sido suscritas no existe sino una declaración unilateral de voluntad de la sociedad --la declaración de querer aumentar el capital social--, o si se ha publicado el programa de la suscripción, una invitación a suscribir, dirigida por la sociedad al público. El aumento de capital puede no tener lugar, bien sea porque la asamblea revoque en tiempo la resolución tomada o porque no obtenga el número necesario de suscripciones, y en ese caso la sociedad si antes de la completa suscripción de las acciones hiciera figurar el aumento en el balance, habría anunciado al público como ya conseguido el capital que está en vías de formarse. Sería erróneo sostener que la sociedad, una vez resuelto y legalmente publicado el aumento, pueda inscribir en su activo las acciones no colocadas todavía a la espera de la oportunidad de hacerlo, para contrabalancear el aumento del rubro capital en el pasivo. O sea que si fuese lícito a las sociedades incluir en el activo las acciones no colocadas todavía, como sucede algunas veces en la práctica, sería posible, resolviendo simplemente el aumento del capital social inmediatamente después de la fundación, desbaratar todo el sistema de garantías que la ley ha establecido en su constitución".

El párrafo transcrito, aplicable al sistema italiano, fue redactado por el autor con anterioridad a la reforma del Código de 1942.

La solución propuesta se encuentra recibida y sostenida por la doctrina y legislación comparada.

¹ De Gregorio, *Los balances de las S.A.*, Depalma, p. 382, párr. 151.

Brunetti², comentando el sistema creado por el Código Civil italiano de 1942, dice: "Respecto a la publicación del aumento del capital mediante emisión de nuevas acciones es necesario subrayar que ha de ejecutarse en dos tiempos con dos distintas operaciones. Primero ha de ser publicado de conformidad con el art. 2436 el acuerdo que mediante el aumento constituye una modificación al acto constitutivo, segundo ha de ser publicado el resultado de la operación, es decir, la ejecución dentro de los treinta días de la fecha en que se haya realizado la suscripción de acciones de la nueva emisión" . . . "hasta que la anotación en el registro —dice el último párrafo del art. 2333— haya sido realizada, el aumento no puede mencionarse en los actos de la sociedad".

El maestro Mossa acota, con anterioridad a la vigencia del citado Código: "Se ha visto que aquella doctrina nuestra que excluye la aplicación del art. 181 del Código de Comercio y la jurisprudencia que autoriza inmediatamente la publicación del acuerdo de aumento, no distinguen, como lo hacen otras doctrinas y legislaciones extranjeras, entre acuerdos de modificación y real modificación de estatuto".

Comentando el art. 2444³, Ferri dice: "Los administradores deben, en consecuencia, dentro de los treinta días de la efectiva suscripción del nuevo capital, depositar para la inscripción en el registro de la empresa una atestación de la verdadera suscripción del nuevo capital y, por tanto, en ese momento el capital se considera efectivamente aumentado y puede ser indicado en el nuevo balance de la sociedad. . .".

En el caso de la no cobertura total de la suscripción del aumento del capital, los administradores deben determinar la cifra efectiva de la suscripción y esta cifra será la que determinará el aumento procediéndose, en consecuencia, según lo expuesto en el párrafo anterior.

En el derecho español, amén de las opiniones ya citadas, es de destacar que buena parte de la doctrina, apoyándose en el último párrafo del art. 96 de la ley de sociedades anónimas de 1951, opina que "la ley quiere evitar la corruptela de hacer figurar como capital social al no suscrito"⁴.

En el derecho francés el decreto de 1967 precisa, en su art. 168, que el aumento de capital se realiza a partir de la declaración notarial comprobando las suscripciones y los aportes.

² Antonio Brunetti, ob. cit., p. 545.

³ Giuseppe Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, p. 337.

⁴ Elías Izquierdo Montoro, *Temas de derecho mercantil*, p. 207.

Las suscripciones, el aporte de fondos y la liberación por compensación son comprobadas sobre una declaración del consejo de administración o del directorio o de un mandatario de esos órganos, efectuada por un notario⁵. A la declaración se anexa la lista de suscripciones y una copia certificada de las deliberaciones que han decidido el aumento de capital, debiendo inscribirse en el Registro de Comercio.

El art. 188 de la ley de sociedades alemanas establece que “la dirección y el presidente del consejo de vigilancia tienen que solicitar la inscripción de la realización del acuerdo de ampliación del capital social”, para agregar luego que “la solicitud de inscripción de haberse realizado la ampliación del capital social puede ir unida a la solicitud e inscripción del acuerdo de elevación”, y el art. 189 remarca que “se considera aumentado el capital social desde el momento en que se realiza la inscripción, de haber tenido lugar la ampliación de él”.

Es decir que el sistema alemán consagra claramente el principio de inscripción no sólo de la modificación estatutaria (art. 181) sino de la declaración de la efectiva suscripción del aumento acordado, cumplimentando el sistema con la posibilidad de la existencia de un “capital autorizado”, arts. 202 y siguientes, que cubre la necesidad de aumentos urgentes dando, en consecuencia, flexibilidad al sistema.

Igual principio sostiene el Código de Honduras de 1950, que establece en el art. 247: “La ejecución del aumento no podrá inscribirse hasta que los suscritores de las nuevas acciones hayan desembolsado el veinte por ciento del importe de las mismas”; mas si todos los accionistas estuvieran presentes en la asamblea que acuerde el aumento del capital social, el aumento podrá inscribirse, desde luego, en el Registro de Comercio, art. 244 del citado cuerpo legal.

La ley de sociedades peruana establece en el art. 219: “Hasta que la suscripción se realice el capital autorizado no podrá estar representado en acciones, ni llevado al pasivo del balance”.

⁵ Georges Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 777.