

## AUMENTO DE CAPITAL: SU JUSTICIABILIDAD

*Daniel Roque Vítolo*

1. No puede predeterminarse como principio rígido y general la no justiciabilidad respecto de la decisión asamblearia que resuelve un aumento de capital social.

2. El régimen excepcional que opera en los cuerpos colegiados, por el cual la voluntad mayoritaria forma la voluntad del ente social, a pesar de la existencia de una voluntad minoritaria, hace que las decisiones puedan ser en principio revisables por la justicia.

3. El principio de razonabilidad también comprende las decisiones societarias; en especial, cuando se afectan derechos de los socios.

4. No siempre es posible reparar íntegramente el daño causado a la sociedad o a sus integrantes, mediante el ejercicio de las acciones de responsabilidad.

5. El receso no es una vía común para canalizar las disidencias, sino un recurso excepcional.

### FUNDAMENTOS

La posibilidad de revisar judicialmente aquellas decisiones asamblearias que disponen el aumento del capital social, ha generado, tradicionalmente, un encontrado debate en doctrina y jurisprudencia.

Por ello es que, frente a las diferentes posiciones adoptadas, nos ha parecido de interés acercar algunas reflexiones que puedan reabrir el debate en el presente Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

### I. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

#### 1) "Augur S.A. (quiebra) s/ Sumampa S.A."

El 28 de diciembre de 1984, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Comercial de la Capital Federal, Sala C, en autos caratulados "Augur S.A. (quiebra) s/ Sumamba S.A.", confirmó un fallo de primera instancia convalidando un aumento de capital social que había sido impugnado. El argumento utilizado por el Tribunal se refería a que las mayorías, no solamente no habían abusado de su derecho, como lo sostenía la parte impugnante, sino que también el aumento de capital dispuesto por la sociedad respondía a verdaderas necesidades sociales, puesto que el ente demandado era una sociedad holding, a quien le resultaba preciso mantener su porcentual en el capital social de una tercera sociedad, que había decidido su aumento, con lo que la decisión asamblearia en cuestión estaba dirigida a satisfacer el interés social.

Es decir, que la Cámara introdujo en la sustancia de su decisión el juzgamiento respecto de la razonabilidad y justificación, de la decisión asamblearia que disponía el aumento del capital social, que había sido atacada por parte de accionistas disidentes.

## 2) "Pereda, Rafael y otro c/ Pampagro S.A."

Con fecha 22 de agosto de 1989, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Sala D, en autos caratulados "Pereda, Rafael y otro c/ Pampagro S.A.", delineó una tendencia hacia la posición negativa respecto de la posibilidad de revisar judicialmente aspectos vinculados a la razonabilidad, mérito o conveniencia de las decisiones asamblearias que disponen aumentos en el capital social.

En tal sentido, los argumentos sostenidos por la Cámara podrían resumirse de la siguiente manera:

- a) El impugnante de la decisión de aumentar el capital social debe demostrar la extrema arbitrariedad o irracionalidad dañosa del acto impugnado.
- b) 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 receso, y no por la impugnación judicial.
- c) 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.

Es decir que, de conformidad con el fallo de la Cámara, aun los casos de arbitrariedad, cuando ella no fuere extrema, o de irracionalidad, cuando no fuera dañosa, escaparían al control judicial, quedando como único camino por parte del accionista disidente, la canalización de disenso por la vía del receso.

### 3) "Gowland, Marcelo y otro c/ I.T.A. S.A."

Con fecha 23 de marzo de 1990, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Sala C, en autos caratulados "Gowland, Marcelo y otro c/ I.T.A. S.A.", resolvió sosteniendo que, cuando el cuestionamiento de una decisión asamblearia que dispone aumentar el capital social, no se encuentra apoyado en indicios de convocatoria ni en defectos en la celebración misma del acto, sino en el mérito de la resolución social, y un juicio de valor sobre necesidad, oportunidad y conveniencia del aumento del capital en sí, resultan temas cuya susceptibilidad al control jurisdiccional son cuando menos dudosos, habida cuenta de la regla general que inspira esta materia, conforme a la cual, y salvo supuestos de arbitrariedad o irracionalidad extrema, no es revisable en sede judicial, todo lo relacionado con el acierto o error de medidas de política empresarial de orden económico-financiero, como lo es un aumento del capital social.

En el fallo aludido, la Cámara deja entrever la posibilidad de que determinadas resoluciones sociales de política empresarial de orden económico-financiero, aun aquéllas que no se traten estrictamente de un aumento de capital social, escapen a su posibilidad de revisión en sede judicial, y aun cuando resulten arbitrarias o irracionales, requiriendo que deba probarse, para poder intentar una acción judicial, con éxito, que la arbitrariedad o la irracionalidad han tenido un carácter extremo.

### 4) "Filkenstein, Simón c/ Sauler S.A."

Con fecha 13 de marzo de 1991, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Sala C, en autos caratulados "Filkenstein, Simón c/ Sauler S.A.", señaló, aunque con las limitaciones referidas a un pronunciamiento cautelar que, si bien no cabe en tela de juicio el carácter restrictivo con que debe efectuarse la apreciación sobre la procedencia del mecanismo cautelar contemplado por el art. 252 de la ley 19.5550 y, particularmente, cuando se trata de decisiones societarias vinculadas con la necesidad, conveniencia u oportunidad de aumentos del capital, motivados por razones de política empresarial, prima facie excluidas del poder jurisdiccional, ello no sucede cuando concurren circunstancias fácticas excepcionales que justifican considerar el *fumus bonis iuris* que exige el ordenamiento legal, para el dictado de medidas de esta índole, por existir motivos graves, para suponer que pueden mediar en el caso la presencia de una hipótesis de desviación indebida del poder de las mayorías sociales, en desmedro de los grupos minoritarios y de la sociedad misma.

Es decir que, en este caso particular, y con las limitaciones señaladas respecto

de la opinión limitada a una actuación cautelar, la Cámara deja entrever que, si bien prima facie decisiones motivadas por razones de política empresaria resultan excluidas de las causales de revisión, por parte del poder jurisdiccional, cuando se presente la hipótesis de desviación indebida del poder de las mayorías sociales, en desmedro de los grupos minoritarios y de la sociedad misma, dicha revisión podría llegar a efectuarse.

5) "Mourin López, José Luis c/ Editorial Molina S.A."

Con fecha 9 de marzo de 1992, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Sala B, en autos caratulados "Mourin López, José Luis c/ Editorial Molina S.A.", sostuvo que cuadraba señalar la prudencia con que el órgano jurisdiccional debe tratar todo lo que signifique interferir en la vida de las sociedades y, en el caso específico de la decisión del aumento del capital social, tener en cuenta que su necesidad, conveniencia y oportunidad, es cuestión de política empresaria de resorte exclusivo de los órganos societarios naturales, siendo procedente la inmixinión jurisdiccional, sólo en los supuestos de arbitrariedad o irracionalidad manifiesta.

En lo referente al caso particular, la Cámara advertía que no parecía en principio desproporcionado el aumento de capital social dispuesto, si se tenía en cuenta el importe insignificante del mismo, anterior a la Asamblea que resolvió su aumento, a los fines de afrontar el pasivo denunciado de la sociedad y el desenvolvimiento de la actividad social.

El pronunciamiento de la Cámara, si bien también limitado a un incidente de medidas cautelares y por tanto no definitivo, esboza algunos argumentos contradictorios. En efecto; por una parte, sostiene que la inmixinión jurisdiccional sólo resulta procedente en los supuestos de arbitrariedad o irracionalidad manifiesta, ya que los aspectos relativos a la necesidad, conveniencia y oportunidad de disponer el aumento es una cuestión de política empresaria, de resorte exclusivo de los órganos societarios naturales, por otra parte emite opinión respecto del carácter racional y no desproporcionado del aumento de capital dispuesto, en relación con las circunstancias del caso debatido, el pasivo de la sociedad, el capital anterior y los fondos requeridos para el desenvolvimiento de la actividad social.

## II. EL DEBATE PLANTEADO EN LA DOCTRINA

Al igual que en jurisprudencia, también en la doctrina existen posiciones encontradas, debiendo mencionarse -atento al tratamiento puntual del tema- entre otros trabajos, los de Forestier (L.L. 13/9/85), Farina (L.L. 29-8-89), Zamenfeld (L. INF. LXIII-523), García Caffaro (L.L. 1982-A-82) y García Cuerva (Ponencia

presentada al Congreso de Derecho Comercial 1990).

Se ha intentado sostener que el carácter *no justiciable* de la decisión asamblearia que dispone el aumento del capital social, surge sobre la base de lo determinados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, bien que con referencia a los actos de gobierno o actos de administración de los poderes u órganos estatales.

Sin embargo, a veces se olvida que de lo que se trata en las decisiones asamblearias, es de decisiones de órganos colegiados, donde el mismo principio mayoritario -que no es una suerte de decisión que importe verdad o falsedad, sino un mero medio o sistema de toma de decisiones- hace que la voluntad de la mayoría se convierta en *voluntad del ente*, a pesar de la disidencia minoritaria, lo que hace que como régimen de *excepción*; permita que se puedan investigar ciertos aspectos de dicha decisión y, entre ellos, la razonabilidad.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no traducen, ciertamente, una sistematización orgánica en materia del principio de razonabilidad. Pretender que así lo hicieran, sería aspirar a que un órgano jurisdiccional realizara la obra de un doctrinario que ejecuta su obra con método, y de acuerdo a un plan general y a un objetivo previamente fijado.

La jurisprudencia, en cambio, se va construyendo a través de la solución de casos particulares, sin perjuicio de que más tarde se trate de sistematizar los fallos dictados, bajo una determinada pauta o criterio.

Si bien de la lectura de los fallos del más alto tribunal no se puede deducir un sistema orgánico, en ellos se encuentra, sin embargo, la necesaria orientación que permite desentrañar un criterio. Esto es de por sí encomiable como producto del trabajo de un tribunal, aunque puedan existir deficiencias terminológicas y aun conceptuales.

Para hablar del principio de razonabilidad, debemos tener en cuenta que deriva del principio de legalidad, formulado expresamente por nuestra Constitución, en el art. 19, donde se estipula que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

El principio de legalidad responde al concepto de impersonalidad del poder, y al de legitimidad racional. No se trata de que el poder no sea ejercido por hombres, sino que esos hombres que lo ejercen lo hagan ciñéndose al orden jurídico ya establecido en las normas legales, teniendo en cuenta la jerarquía de las mismas.

El principio de legalidad es, básicamente, de carácter formal, toda vez que exige la *forma* normativa de la ley para mandar o prohibir. Sin embargo, no basta con que la ley mande o prohíba determinadas conductas, para que la misma sea constitucional; es necesario que el contenido de esa ley responda a ciertas pautas de valor suficientes. Esas pautas de valor hay que buscarlas en la equidad o justicia

que, constitucionalmente, se traduce en la regla o el *principio de razonabilidad*.

Así, el principio de legalidad podría ser enunciado de la siguiente forma: nadie puede ser obligado a hacer lo que ley *justa* no manda, ni privado de lo que la ley *justa* no prohíbe.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación nos muestra el ejercicio del control de razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos y los descalifica cuando están reñidos con las pautas de justicia ínsitas en la Constitución. Los jueces verifican el contenido de la ley, más allá de su forma, permitiéndose concluir que el principio formal de legalidad cede al principio sustancial de razonabilidad, y que si la ley no es razonable (léase arbitraria), resulta inconstitucional (sin necesidad de que dicha arbitrariedad sea extrema, ya que es un concepto con un contenido suficientemente fuerte como para requerir adjetivación).

Para que una ley sea constitucional tiene que contener dentro de ella, postulados justos. A estos postulados se los denomina *razonabilidad*, siendo su contrario la *arbitrariedad*, pudiéndose inferir *prima facie* que lo arbitrario es inconstitucional, y ello es equiparable -en cierta forma- en un sentido amplio a los actos de los entes colectivos.

El principio de razonabilidad, no sólo exige que la ley sea razonable, sino que cada vez que la Constitución depara una competencia a un órgano del poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable.

La regla de razonabilidad está condensada en nuestra Constitución, en el art. 28, donde se dice que los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. En caso de producirse una alteración, se estará frente a una arbitrariedad o irrazonabilidad.

La ley no puede incurrir en alteraciones, ni tampoco los otros órganos que detentan el poder en ejercicio de sus funciones, así toda actividad estatal para ser conforme a la Constitución, debe ser razonable.

La razón de ser del principio de razonabilidad es preservar el valor justicia en todos los actos del poder, e incluso en los de los particulares.

La jurisprudencia de la Corte parece insinuar que el control judicial de razonabilidad de una norma recae únicamente sobre su contenido, y no sobre los resultados que arroja su aplicación concreta a un caso. De ello podría inferirse que el control de constitucionalidad, según el principio de razonabilidad, se limitaría al texto mismo de la norma, y no a sus consecuencias prácticas. Sin embargo, son muchísimos los casos en que las sentencias del Alto Tribunal desmienten la rigidez de esta pauta, porque son innumerables los casos en que las sentencias reputan irrazonable o inconstitucional una norma o un acto por los efectos que surten, o por los resultados que apareja la manera de haber sido aplicados a las circunstancias del caso.

“La reglamentación legislativa de las disposiciones constitucionales debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen, y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad”. (P. 391 XX., Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531, 18-4-89).”

“Las normas jurídicas son susceptibles de ser cuestionadas en cuanto a su constitucionalidad cuando resultan irrazonables, en la inteligencia que la irrazonabilidad se configura cuando no se adecuan a los fines cuya realización procuran o consagran una manifiesta iniquidad”. (C. 1003; XXI, Cía. Química S.A. c/ Municipalidad de Tucumán s/ recurso contencioso administrativo y acción de inconstitucionalidad, 5-9-89).

Se puede observar que la Corte Suprema, en materia de control judicial de razonabilidad, verifica si el *medio* elegido para tal o cual *fin* es razonablemente proporcionado y conducente para alcanzar ese fin buscado por el poder administrador o la ley: Así, en caso de no existir esa razonable proporción entre *medio* y *fin*, el Alto Tribunal no ha dudado en calificar de inconstitucional la norma o el acto, que ha resultado irrazonable.

No caben dudas que el régimen societario es un régimen de excepción o categoría, ya que consagra sistemas que se apartan del régimen general en materia de personalidad, limitación de responsabilidad, orgánico de representación, y sistema de formación de la voluntad, entre otros.

Tales normas -diferentes de las comunes- hacen que -siempre con la cautela y prudencia pertinente- no pueda determinarse -nunca- como principio general la no justiciabilidad de los actos realizados, o las decisiones implementadas bajo su amparo.

Ello no significa, de manera ninguna, que propugnemos que *todo lo resuelto por los órganos colegiados debe considerarse en principio inválido o sujeto a revisión*, pero sí que en los casos en que exista un interés legítimo, o un daño evidente, o una utilización irracional del medio o los mecanismos otorgados por la ley al ente, pueda revisarse judicialmente la decisión.

En el caso particular del aumento de capital se ha dicho, también, “que no cabe revisar la decisión asamblearia, toda vez que el accionista disconforme puede ejercer el derecho de receso.

Desde nuestro punto de vista, no resulta convincente el argumento, toda vez que el receso no es el medio normal y regular para el ejercicio de la disidencia societaria. Por el contrario, es un medio excepcional, solo aplicable a los casos extremos en que se alteren las bases fundamentales del contrato, entre las cuales se encuentra la *participación*.

La inclusión del aumento del capital social, por aportes genuinos de los socios, como causal que autoriza el recesso del disidente, cobra sentido para que opere en los casos en que un aumento de capital necesario o razonable, impida -por su envergadura- que el socio pueda acceder a participar proporcionalmente en el mismo, y no como un medio común de canalizar disidencias sobre la decisión de fondo.

Con lo expuesto no se pretende -de manera ninguna- agotar el tema ni fijar pautas definitivas que impidan que las sociedades comerciales puedan, a través de sus órganos naturales, llevar adelante o fijar y ejecutar *políticas empresarias*.

Solo se intenta recordar, como lo hacía Platón (Las leyes), que "*... Si se da demasiado poder a alguna cosa, demasiada vela a un navío, demasiado alimento al cuerpo, demasiada autoridad al espíritu, y no se tiene en cuenta el medio, todo se derrumba, y la irreflexión del exceso conduce en un caso a desórdenes, y en el otro a la injusticia, que es hija del exceso. Digo esto, amigos míos, que ningún alma humana, joven e irresponsable podrá resistir la tentación del poder arbitrario*".

No es malo entonces, que quienes dominan mayoritariamente un órgano colegiado sepan que sus decisiones, en la medida que resulten irracionales o arbitrarias, y perjudiquen a terceros puedan ser revisadas judicialmente. Consagrar el principio contrario, puede resultar -desde nuestro punto de vista- peligroso.