

## APOSTILLAS SOBRE EL ITER PROCEDIMENTAL DEL AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL

Alberto Víctor VERON

### a) Capital Constitutivo, aumento de capital y "capital en potencia"

En nuestro actual ordenamiento societario se emplean los vocablos **capital social** y **capital suscrito** en forma indistinta (art. 186), y aunque la expresión **capital integrado** no es empleada en forma precisa, su existencia se encuentra prevista en el art. 187, al referirse a la integración mínima en efectivo (257) y la integración total de los aportes no dinerarios. No obstante, se estima que la ley de Sociedades permite -con su silencio no prohibitivo- la implementación de un **capital autorizado** ó **capital emitido**, después de constituida la sociedad (pues la obligación de suscripción total, se afirma, opera sólo "al tiempo del **contrato constitutivo**", conforme: art. 186) (1).

Los problemas que plantea el procedimiento de aumento de capital, a raíz de la difícil armonía entre su modificación lenta y complicada y la necesidad inmediata de incorporar nuevos accionistas, ha sido encarada por los anglosajones creando un capital autorizado límite, hasta el cual la asamblea o el directorio pueden emitir acciones, sin que se hayan advertido desventajas sobre su efectividad; la legislación y doctrina continental/europea, en cambio, desarrollaron procesos más complicados y no siempre permanentes o semejantes (v. gr. Italia, España y Francia) (2).

En nuestro país, cuyas normas en materia de capital de las sociedades anónimas databan de 1889 (arts. 318 y 319, derogados del Cód. de Com.), se admitía de hecho la existencia de una capital autorizado, cuando el estatuto preveía la emisión del capital en series, hasta el límite del quintuplo del capital efectivamente suscrito (semejante a la fórmula angloamericana), permitiéndose, naturalmente, el aumento también mediante modificación estatutaria, si el límite autorizado se hallaba cubierto (3).

"En última instancia, la diferencia entre el régimen anterior y el actual es que, por un lado, ha desaparecido la posibilidad de emitir por el directorio hasta el monto del capital autorizado, y, por otra, que en los casos de reformas de estatutos no hay ya límites de uno a cinco entre el capital suscrito anterior y la nueva cifra tomada por los accionistas".

La ley identifica el capital social con el capital suscrito, con lo que se vedan los capitales **autorizados** (art. 186) en la constitución, mas permite, por otro lado (art. 188), un capital no emitido y no suscrito, un capital **potencial**.

Lamentablemente la Ley de Sociedades omitió implementar un procedimiento sistemático a observar en todo aumento de capital originario, que fije los distintos actos necesarios que partiendo de la deliberación asamblearia, y siguiendo con las etapas societarias, administrativas y judiciales, concluya con la ejecución de la decisión, como lo hacen otros países (4); y más cuando el aumento del capital social se exhibe como un proceso complejo integrado por diversos actos que deben cumplirse coordinados y concatenados, y no sólo por su deliberación y ejecución, configurándose también distintas modalidades de integración (como los aumentos **gratuitos** -capitalizaciones-, **efectivos** y en **bienes en especie**) (5).

"De ahí la importancia de los recaudos concernientes a las manifestaciones de voluntad, en cuanto al órgano social que puede emitir las y las formas, términos y condiciones que deben rodear al acto de aumento y el proceso posterior de emisión, para que la secuela sea válida e inatacable por quienes pudiesen resultar afectados. Tal preocupación, típica del abogado, no se da en el contador preocupado principalmente por la inserción del nuevo capital en el patrimonio neto, o en el hombre de finanzas, que sólo mira el juego que el nuevo

aporte, según sus características, llegue a tener en el giro social. El tema, así, pertenece primordialmente al reino de lo jurídico" (5).

No deben existir dudas entonces de que la suscripción total del capital como dato normativo que imposibilita la implementación de capitales **autorizados o en potencia** opera únicamente "**al tiempo de la celebración del contrato constitutivo**". Los aumentos posteriores no están alcanzados por esta limitación, sino que, por el contrario, el estatuto puede prever la elevación del capital hasta su quintuplo (art. 186); y con reforma de estatuto, sin límites (art. 235, inc. 1º).

#### **b) Expresión estatutaria del capital social o suscrito:**

Tampoco pueden existir dudas de que el estatuto social debe contener la expresión del capital social o capital suscrito, **y no otro**, en una cifra determinada. De acuerdo con ello, la Ley de Sociedades resta importancia figurativa, o, más bien, veda indirectamente la inscripción en el estatuto de cualquier otra "cifra determinada" que pretenda significar otra cosa que no sea el **capital suscrito**. Aclaramos: ello no es lo mismo que resolver, durante el funcionamiento de la sociedad implementar un **capital potencial** (v. gr., el autorizado por el art. 188), generado por procedimientos internos, que es lícito en tanto no se confunda con el real capital suscrito existente, ni induzca a confusión a terceros.

#### **c) aumento de capital y suscripción simultánea del mismo**

Cuando la asamblea que resuelve el aumento de capital (con reforma estatutaria: art. 235, inc. 1º) procede a la suscripción del mismo en forma simultánea (casos típicos: capitalizaciones de utilidades, reservas por revalúo de activos), es indudable que el **procedimiento interno** (conformidad administrativa, inscripción registral y publicación) (así lo entendían las derogadas resols. 12-77 y 4-78)

#### **d) aumento del capital y suscripción diferida del mismo:**

Cuando la asamblea que resuelve el aumento del capital (dentro del quintuplo, art. 185, o con reforma estatutaria, art. 235, inc. 1º) procede a diferir la suscripción del mismo para una posterior oportunidad, el **procedimiento interno** del aumento no ha quedado concluído, pues faltan a ese momento, las etapas de la emisión, suscripción e integración. Mas, se ha creado un **capital en potencia** (que, como lo vimos en el punto "a" precedente, es receptado por la normativa societaria) que no es capital, social ni suscrito, ni emitido, ni integrado. Es, sencillamente, un capital en ciernes, **autorizado** por la asamblea, que: 1) no importa modificación del estatuto porque el capital suscrito (único capital objeto de **reforma**) aún no existe; 2) por ende, no requiere conformidad administrativa (cfme.: arts. 168, pero, lamentablemente, sólo para los casos de aumento dentro del quintuplo), pero sí debe comunicarse a la autoridad de contralor (art. 299 y 300) en tanto se reputa que aquella creación de capital potencial importa **variación** del mismo;

3) tampoco debería requerirse publicación (salvo la que exige el art. 194: suscripción preferente) ni inscripción registral, porque estos extremos son previstos por la ley sólo para cuando se operan **verdaderos cambios estructurales** en la sociedad y la resolución de implementar un capital "a emitir, a inscribir y a integrar" no representa, en modo alguno, ningun cambio estructural (cfme.: arts. 5 y 10 que obligan a la inscripción de sólo las **modificaciones del contrato constitutivo**; y este aumento de capital "en ciernes" no importa, aún, modificación del contrato constitutivo, como lo demostramos precedentemente). La circunstancia de que la última parte del art. 186 ordene la publicación e inscripción de la resolución asamblearia, debe interpretarse como una desafortunada

exigencia, que, como vimos, resulta inocua (7); a lo sumo podría entenderse que quiso referirse a la **publicación** que es necesario ordenar para que los accionistas puedan hacer uso de su derecho preferente a la nueva suscripción (art. 194).

#### e) Capital potencial - Capital suscrito: conclusión del "iter":

En el ap. d) precedente, procuramos demostrar la naturaleza de la autorización por parte de la asamblea, de aumentar el capital difiriendo su emisión, suscripción e integración. El **procedimiento interno** del aumento se ha cumplido así sólo en parte; falta la materialización de este aumento, esto es, completar el **iter del aumento de capital** con su paso siguiente: emisión, suscripción e integración. Esta segunda etapa interna la ley no sólo prevé expresamente (8), sino que la reitera (9). Suponiendo que se hayan cumplido estas gestiones internas finales, recién entonces nacerá la cusa jurídica (capital suscrito) que obligue a dar el próximo paso: el **procedimiento externo**.

#### f) Conclusión del procedimiento de aumento:

Con la resolución asamblearia que dispuso el aumento potencial del capital, las publicaciones del art. 194, el acta de directorio que **ejecutó** lo resuelto por la asamblea (emisión, suscripción e integración), y con las constancias documentales - exigidas por la autoridad de contralor - que acrediten la corrección de la integración, se completa el **iter del aumento de capital social o suscrito** que se presentará **recien** para su conformidad administrativa, publicación e inscripción registral de dicho aumento, con un **único instrumento** cuyas partes interdependientes forman un todo que representa, ni más ni menos, que el **instrumento modificadorio** a que se refieren los arts. 5 y 10 de la ley 19550, y aun la incompleta expresión del art. 188, último párrafo: "**resolución asamblearia**"; en realidad se presenta esta **resolución de asamblea** con más un agregado de la documentación que indicamos, porque ésta forma parte integrante de su matriz, el acta de asamblea. No concebimos otro procedimiento más razonable pues, como se vio, todo intento de querer independizar o escindir el **procedimiento interno** (que es único) conducirá a los errores de valoración que entendemos se han producido no sólo en el contenido de algunas partes de las derogadas resols. 12-77 y 4-78, sino también al formularse las críticas de estas.

#### g) Las emisiones fraccionadas:

La exigencia de suscripción total del capital entraña la **proscripción** de las denominadas **acciones en cartera** (10), como la prohibición de la suscripción condicional y la suscripción por debajo de la par (11). La exigencia de la autoridad de contralor de que el directorio sólo pueda ejecutar la emisión ordenada por la asamblea en una sola y única oportunidad, parece que encuentra razón en el intento de no **caer** nuevamente en la posibilidad de que renazcan las series pendientes de emisión, y con ello la inconveniencia de que se mantengan resoluciones asamblearias inciertas y nominales. De aquí que compartamos la limitación: si la asamblea ha resuelto aumentar el capital social difiriendo en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de paga, ésta delegación no puede ser otorgada por la asamblea para que se ejecute fraccionadamente, por que aparte de crear una incertidumbre vicia el proceso interno del aumento, autorizando emisiones indefinidas.

#### h) Instrumentación:

Con el caso Cometarsa Construcciones Metálicas Argentinas S.A.; de la CN Com., Sala A, de fecha 7 de setiembre de 1978, queda definido jurisprudencialmente el tan debatido

tema sobre la instrumentación del aumento del capital social cuando, realizado por sobre su quintuplo, importa reforma de estatuto. El reflexivo trabajo doctrinario del fiscal de Cámara Dr. Alfredo J. Di Iorio, como las acertadas conclusiones de los camaristas, Dres. Fernando N. Barrancos y Vedia, Raúl A. Etcheverry, y Manuel Jarazo Veiras, nos eximen de desarrollar en esta parte las consideraciones que merece el tema (12); En consecuencia ya no quedan dudas sobre la innecesariedad del instrumento público en cualquier clase de aumento de capital (dentro del quintuplo o reformando el estatuto).

### i) Conclusiones:

1) No parece existir duda de que la LSC consiente la implementación de un **capital en potencia** después de constituida una sociedad anónima, aunque, lamentablemente, la normativa omitió implementar un procedimiento sistemático e integral (coordinados y concatenados) que asuma los actos necesarios conducentes al aumento del capital social (deliberación asamblearia, trámites societarios internos, modalidades de interpretación, diligenciamientos administrativo y judicial, ejecución).

2) Este **capital en potencia** no puede servir como expresión del capital de la sociedad (que siempre será el **suscripto**), ni menos inducir a confusión a terceros.

3) el **procedimiento interno** del aumento del capital social, cuando no ocurre la suscripción simultánea de éste (v. pr., capitalización de utilidades, reservas o revalúos), importa el diferimiento de la suscripción, con el consiguiente cumplimiento posterior de la emisión, suscripción e integración, que genera un **capital potencial o en ciernes** (no suscripto, no emitido, no integrado) que no modifica el estatuto, ni requiere conformidad administrativa, ni publicación, ni inscripción registral. Cumplido el proceso de emisión, suscripción e integración nace recién la causa jurídica (capital suscripto) que abre las puertas al paso siguiente: el **procedimiento externo** (autorización administrativa, inscripción registral y publicación) que ha de cumplirse formalmente con el acta de directorio que ejecutó el aumento, las constancias de integración, y la resolución de la asamblea que en un principio aprobó el aumento.

4) La exigencia de la suscripción total rechaza la tenencia de acciones en cartera, de suscripciones condicionales, de suscripciones por debajo la par, y de emisiones fraccionadas.

5) es innecesario el instrumento público en cualquier clase de aumento del capital social, sea adentro del quintuplo o reformando el estatuto.

### Notas correspondientes al trabajo: Apostillas sobre el iter procedimental del aumento del Capital Social

1) Zamenfeld, Victor, **Capital social y capital autorizado**, comentario crítico de la resol. ISPJ 12-77, Rev. "La Información", 1978, t. XXXVII, págs. 113 a 122.

2) Roca, Eduardo A., **El aumento de capital en las sociedades por acciones**, Rev. "Derecho Empresario" 1976, T. V, págs. 772 y 773.

3) Roca, Eduardo A. **El Aumento...**, ob. cit., pág. 773.

4) Resolución ISPJ 4-78, considerandos, Pág. 3, 2º párr. derogada.

5) Resolución ISPJ 4-78, considerandos, puntos 3.2, derogada: "lo expuesto ha sido traído como referencia para poder destacar que, en definitiva, el aumento de capital de una sociedad no es una deliberación típica, sino una categoría general que recoge varias deliberaciones típicas, de manera que no hay un aumento de capital en sí y por sí, sino un aumento de capital gratuito, un aumento a integrar en dinero o un aumento a integrar en especie, siendo también diversa la finalidad que persigue la sociedad con cada uno de ellos"

(cfme.: Ferrara, J., **Deliberación compleja en caso de aumento de capital**, en "Revista de la Sociedad", Giuffré, marzo-abril nde 1963, fasc. 2, págs. 277 y 278).

6) Roca, **El aumento...** ob. cit., pág. 772.

7) La Cámara de Sociedades Anónimas ha propugnado la reforma del art. 198, disponiendo que la resolución de la asamblea se publique e inscriba una vez concluída la suscripción o emisión. "La modificación proyectada encara el tema con realismo, ya que no obliga a reformar el estatuto cuando se sobrepasan ciertos límites en el aumento de capital, sin perjuicio de que el art. correspondiente sea actualizado en oportunidad de producirse la primera reforma estatutaria. No hay duda de que de esta manera se evita un trámite que no resulta útil ni para los accionistas ni para terceros, ya que como hemos visto estos últimos tienen otras formas de tener conocimiento del verdadero estado de los capitales, que no es precisamente el que surge de la mención estatutaria.

El proyecto de la Cámara mantiene, como es lógico, la obligación de publicar e inscribir los aumentos en el Registro Público de Comercio, pero con buen criterio establece que ambos actos sólo se cumplirán una vez que el aumento de capital haya sido suscripto. En la actualidad, las decisiones de las asambleas sobre aumento de capital son publicadas antes de saberse si dicho aumento ha sido realmente suscripto, con lo cual pueden producirse equívocos en los terceros" (Vergara del Carril, Angel D., **Capital social, patrimonio y realidad económica**, Rev. "La información", 1977, t. XXXV, págs. 693 y 694).

**8) Art. 188: "La asamblea sólo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago".**

9) Similar contenido al del art. 188 (véase n. 8), art. 235, inc. 1º.

10) Velasco Alonso, Angel, **La ley de sociedades anónimas**, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pág. 58.

11) Guyenot, Jean, **Curso de derecho comercial**, V.I. Ejea, Bs. As., 1975, pág. 621.

12) El que, por otra parte, lo desarrollamos en 1973, a poco de promulgarse la actual Ley de Sociedades (véase: Verón, **Nuevo régimen de Sociedades Comerciales**, Astrea, Bs. As., 1973, págs. 5 a 12), asumiendo una ubicación doctrinaria, en punto a la constitución del acto constitutivo, que nos ha merecido mordaces críticas; hoy, con ese fallo concienzudo, buena parte de las argumentaciones que esgrimimos entonces adquieren reafirmación jurídica, regocijándonos la equilibrada senda por la que acaban de transitar los juristas nombrados.