

LA EMISIÓN CON PRIMA, EN ALGUNOS CASOS, LA PUEDE RESOLVER LA ASAMBLEA ORDINARIA

MARÍA BARRAU

RESUMEN DEL CONTENIDO

Se debe aceptar que en algunos supuestos, se puede fijar la prima de emisión en la asamblea ordinaria. Consideramos que el artículo 202 de la ley de sociedades, cuando establece que la prima la fijará la asamblea extraordinaria, sólo privilegia dejar aclarado que es el órgano de gobierno el que debe establecer el monto de la prima, descartando que lo pueda hacer el órgano de administración.

PONENCIA

1. Nuestra ponencia trata de dar una interpretación amplia a la ley de sociedades, teniendo en consideración el espíritu que animara al instituto de la emisión con prima.

2. La exposición de motivos no se refiere al tema indicado.

3. Sin perjuicio de ello, consideramos que es esencial la emisión con prima cuando existe una diferencia entre el capital social y el valor de la empresa en marcha, circunstancia que el proyecto de reforma de la ley de sociedades del MJDH 2.002, vemos con beneplácito, recepta en el artículo 202.

4. Establece, el referido proyecto en el artículo 202, “...**Se podrá emitir con prima, que fijará la asamblea Extraordinaria, conservando la igualdad en cada emisión... Cuando exista una disparidad entre el valor nominal y el valor patrimonial por acción que exceda el 30 por ciento, será obligatoria la emisión con prima cuyo monto compense razonablemente la diferencia de valores. La Asamblea podrá dispensar esta exigencia si no media oposición de accionistas que representen el cinco por ciento del capital social...**

5. ya lo habíamos manifestado en otras oportunidades, pensábamos que la emisión con prima devenía obligatoria cuando existían las indicadas diferencias, - decíamos nosotros- entre el capital social y el valor de la empresa en marcha, por las normas del artículo 13 de la ley de sociedades y por principios generales del derecho como el artículo 953, 1139 y 1201 del C.C., respectivamente.

6. Pensamos que el proyecto avanza por la buena senda, y que tiende a evitar las maniobras defraudatorias que se han estado realizando en los pasados años, en torno a los aumentos de capital social.

7. Lamentablemente, en el proyecto se sigue afirmando que la prima de emisión la deberá fijar la asamblea **Extraordinaria**.

8. Aunque la ley no mencione que la asamblea ordinaria también puede estipular el monto o cuantía de la prima, dicha posibilidad se encuentra implícita en el caso de una asamblea que decidiera el aumento de capital dentro del quintuplo, en los términos del artículo 188 de la ley de sociedades. Como es sabido, en dicha situación, la asamblea debe ser ordinaria.

9. Creemos que el referido proyecto de reforma refuerza nuestra posición, ya que se manifiesta en el mismo que la **asamblea** podrá dispensar de la obligación de emitir con prima, si no se opusieran accionistas que representaran el 5 por ciento del capital. En la referida norma del proyecto, no se hace distinción respecto a la asamblea a la

cual se aplica, o sea que podría ser tanto aplicable a la ordinaria como a la extraordinaria.

10. Desde un punto de vista ético, nos parece que esta facultad tiene más fundamento cuando se decide en la asamblea ordinaria, toda vez que los accionistas, en este supuesto, carecen de derecho de receso.

11. Dentro de estos lineamientos, siempre en relación al derecho de receso, cabe referir que en estos supuestos el proyecto de reforma citado, establece la posibilidad de que los accionistas puedan receder, cuando se introduzca o renueve en el estatuto la previsión de aumento de capital hasta el quíntuplo, pero no cuando el mismo se lleve a cabo. Esta normativa nos parece acertada porque persigue que no se perjudique al accionista minoritario.

12. Por ello consideramos que el legislador al establecer que la asamblea extraordinaria es la que fija la prima de emisión quiso solamente referirse al órgano autorizado, que es únicamente el de gobierno.

13. Sería conveniente, nos parece, que en el proyecto de reforma se establecieran con claridad y precisión las circunstancias que puntualizamos.

14. De no ser así, si el accionista no quisiera suscribir el aumento de capital o no pudiera suscribir el mismo, se vería perjudicado.

15. El legislador, ha querido descartar de plano que el directorio pueda fijar la prima de emisión.

16. Si no admitiéramos que esta conclusión es verdadera, se debería aseverar que el legislador quiso que fuera sólo la asamblea Extraordinaria la que puede fijar la prima y no también la ordinaria. Obrando de este modo, el resultado podría ser inícuo y contrario al principio de buena fe.

17. Además, siguiendo los lineamientos establecidos en el proyecto de reforma, si no se admitiera que el mismo acepta que la prima sea fijada por la asamblea ordinaria, se tornaría imposible que una asamblea ordinaria decidiera un aumento de capital, pues por el artículo 202 si existiera diferencia entre el capital y el patrimonio social debería emitir con prima, lo que no podría hacer si no se encontrara facultada para ello. Esto sería un inaceptable contrasentido, que des-

virtuaría el espíritu del proyecto.

18. Es decir, que si no admitiéramos que la prima de emisión se puede decidir en asamblea ordinaria, en base al proyecto indicado, sería obligatorio en algunos casos emitir con prima, supuestos que se pueden dar cuando el aumento de capital se hiciera por asamblea ordinaria. Si en tal caso un socio no pudiera suscribir el aumento de capital o no lo quisiera hacer, no podría ejercer el derecho de receso y tampoco podría la asamblea competente para el aumento, que es la ordinaria establecer el monto de la prima de emisión.- Habida cuenta de las circunstancias referidas, parece absurdo establecer como exigencia previa la convocatoria de una asamblea extraordinaria, nada más que para fijar dicha prima, previendo que se decidiera aumentar el capital en asamblea ordinaria.

19. Esto carecería de toda lógica. Más siguiendo al Proyecto mencionado, en el cual no se diferencia entre asamblea ordinaria y extraordinaria para dispensar la obligatoriedad de la prima de emisión.

20. Se advertiría claramente dentro de este Proyecto que resulta contradictorio que se pueda admitir que la asamblea ordinaria, pueda dispensar de la obligatoriedad de emitir con prima y que no esté facultada para fijar o establecer el monto de la misma.

21. Es decir estaría facultada para lo más, NO EMITIR CON PRIMA y no para lo menos, ESTABLECER EL MONTO DE LA MISMA.

22. Estamos convencidos de según la ley vigente y también a la luz del Proyecto de Reforma aludido, esta mención sólo a la asamblea extraordinaria sería interpretada como una simple omisión de los redactores del Proyecto, aunque sería bueno que se aclarara para evitar toda duda al respecto.

23. En ningún momento el legislador limita la obligatoriedad de la emisión con prima a los supuestos de asambleas extraordinarias, esto es claro y no hay duda al respecto.

24. Si no fuera así, el accionista que se encontrara en una asamblea ordinaria que decidiera el aumento de capital y no pudiera o no quisiera suscribir, y no pudiera ejercer el derecho de receso porque lo veda el artículo 245 L.S. si se aceptara que no puede tampoco pedir que se emita con prima de emisión, estaría totalmente perjudicado.

Por otro lado, el proyecto, cuando habla de la obligatoriedad de la prima, establece la posibilidad de dispensa de la asamblea como órgano, sin especificar que la misma deba ser ordinaria o extraordinaria.

25. Creemos que conforme la ley actual, si se realizara un aumento de capital, todo accionista tendría derecho a solicitar que se emitiera con prima y en el proyecto de reforma si existe la diferencia de valores indicada, se debe obligatoriamente emitir con prima, salvo dispensa (Art. 202 del proyecto), caso contrario si la asamblea no lo decidiera de dicha manera, el accionista podría impugnar la decisión.

26. Por ello, concluimos que en la legislación actual y más debería ser así en el proyecto de reforma se debería entender que cualquier asamblea está facultada a fijar la prima de emisión, si bien reconocemos que sería bueno que dicha circunstancia se aclarara.