

MEDIDA CAUTELAR EN TORNO A CAPITALIZACIÓN DE

PASIVO

Efraín Hugo RICHARD

El fallo del 7 de octubre de 2010 en el caso "**LLUCH CARLOS ALBERTO C/EXPRESO DE BUENOS AIRES SA S/ ORDINARIO**" (Expediente N° **036085/09 originario del** Juzgado N° 7 - Secretaría N° 13 que desestimó la medida cautelar tendiente a suspender los efectos de la decisión asamblearia adoptada por la sociedad "Expreso Buenos Aires SA" el 28 de abril de 2009), de la Cámara Nacional Comercial de Apelaciones Sala E, suscripto por Juan Manuel Ojea Quintana, Rafael F. Barreiro y Alejandra N. Tevez, motiva este breve comentario sobre los temas tratados, sin ingresar en el análisis crítico del caso pues se trata de una medida cautelar, que por sus características particulares debe haber justificado la resolución del calificado cuerpo. Ilustramos nuestras apostillas con las consideraciones de los camaristas como únicas notas de control.

*El aumento del capital social se presenta como una cuestión justiciable¹. La patrimonialización de una sociedad debe corresponder a un plan por una parte y por la otra a un análisis de su consistencia para el cumplimiento del objeto social (empresa), conforme la diligencia que deben tener los administradores. Ello implica satisfacer el "interés" social y también evitar perjuicios de terceros, no cayendo en causales de disolución que generan responsabilidad para administradores y socios.

La buena fe de los administradores, actuando con lealtad y dentro de los parámetros de razonabilidad que se generalizan precedentemente, asegura la juridicidad del aumento.

La decisión del aumento de capital impone un procedimiento, que se inicia con ese juicio de razonabilidad generado en el seno del órgano de administración y su puesta a consideración de los socios. En ciertos supuestos -pérdida parcial o tal del capital social- puede imponer el reintegro del capital social, como obligación para todos los socios a fin de

¹ "A modo introductorio, convendrá adelantar que esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de que la decisión sobre la necesidad, conveniencia y oportunidad del aumento de capital constituye una cuestión de política empresarial -más particularmente de índole comercial y financiera- que en principio, queda exclusivamente reservada a los órganos societarios naturales que tienen competencia legal sobre la materia (cfr. "Von Müller Juan Carlos c/Beaufort Shipping Agency Argentina SA s/medida precautoria" del 11.5.2010; íd. "Pusso Fernando Fabián c/Urbano Express Argentina SA s/ordinario s/incid. de apelación" del 8.6.2010, y precedentes jurisprudenciales y doctrinarios allí citados). - Mas sostener tal línea de pensamiento, en modo alguno implica excluir la posibilidad de un control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional interviniente. En tal sentido, desde hace décadas se ha venido admitiendo la revisión judicial de asambleas que han aprobado aumentos de capital, cuando queda acreditada una arbitrariedad o irrazonabilidad dañosa manifiesta (cfr. CNCom. Sala D, 22.8.89, "Pereda, Rafael c/ Pampagro S.A.", LL 1989-E, p. 182) o cuando hubiera evidente e inocultable agravio al orden público societario mediante la adopción de resoluciones para la consecución dolosa o fraudulenta de finalidades extrasocietarias (Sala D, 1.3.96, "Abrecht, Pablo c/ Cacique Camping SA", ED. 168-544). - De ahí que pueda decirse que la irrevisabilidad es un postulado general, que en casos extremos y con carácter restringido puede ser dejado de lado si circunstancias especiales así lo justifican. **b)** Desde otra mirada, no debe perderse de vista que en supuestos donde se invoca que el aumento de capital se ha formulado en forma dañosa, abusiva y/o fraudulenta con la sola finalidad de licuar la participación accionaria del promotor -tal como se pregona en autos, vgr. ap. IV.d) de fs. 113 vta.-, el accionista disconforme no se encontraría ejerciendo una acción judicial en interés de la sociedad, sino en el suyo exclusivo y particular, cual es no ver disminuida su consistencia patrimonial en la distribución de las utilidades, el poder de influencia en el gobierno del ente y el goce de otros derechos parapolíticos -vgr. arts. 294 inc. 6°, 236 y 301 inc. 1° LSC. - Parece entonces medianamente claro que en los límites en que la cuestión puede actualmente juzgarse, la facultad que el ordenamiento societario confiere al juez para decidir la suspensión de los acuerdos sociales impugnados persigue una doble finalidad de protección: (i) conjurar el eventual perjuicio individual -que en el caso, ciertamente, ha sido invocado- y (ii) evitar la consumación de actos lesivos del interés social. - Bien que en la hora de la ponderación provisional de las consecuencias económicas que impone del art. 252 LSC, el interés societario cobrará un neto predominio sobre el particular del accionista impugnante (CNCom., Sala B, 23/09/86, "Grosman, Hugo c/Los Arrayanes SA"; íd íd., 24.12.87, "Ferrari Hardoy, M. c/Plinto S.A").

continuar el giro social y evitar la liquidación. El receso en ese supuesto sería para excluirse de esa obligación, pues el valor de la participación podría ser nulo en caso de pérdida del capital social. Similar efecto se produciría de ejercitarse receso ante un aumento de capital destinado a paliar una crisis patrimonial.

*Ante esas situaciones de dificultad económica sea que impliquen o no la pérdida del capital social, se impone aconsejar el aumento del capital, en cuyo caso el derecho de suscripción preferente aparece como un derecho individual inderogable de los accionistas para mantener o acrecentar su participación. Ese derecho sólo puede dejarse de lado en los supuestos de la previsión del art. 197 LS.

En el caso se había aducido la existencia de una obligación preexistente para justificar el aumento de capital y la suspensión del derecho de suscripción preferente.

Hemos criticado ese presupuesto de exclusión del derecho de suscripción preferente, no el otro vinculado a la compra de bienes que puede usarse para adquirir una sucursal, un negocio, un sistema, etc. de propiedad de terceros que lo condicionan a integrarse a la sociedad adquirente. Y esa crítica la basamos en que si se intenta pagar una deuda dineraria preexistente, el acreedor verá mejor atendido su derecho si los socios haciendo uso del derecho de suscripción preferente -incluso el de acrecer- dotan a la sociedad y esta honra en efectivo su deuda. Obviamente ciertos casos como un convenio de "stock options" -como obligación preexistente- justificaría la exclusión del derecho de suscripción preferente, pues la sociedad había comprometido la posibilidad de suscribir acciones.

*Obviamente que otra cuestión -señalada por el fallo- es la legitimidad de la obligación preexistente, cuya generación e imputabilidad a la sociedad puede ser asumida por el accionista disconforme e incluso judicializándola si existieren dudas². Son numerosos los fallos que ponen en duda ciertos créditos contraídos por sociedades o personas en dificultades, para incumplir obligaciones legítimas y particularmente para articular

² "Como señalara acertadamente el *a quo*, cobra especial trascendencia para dirimir el entuerto el hecho que no se ha cuestionado la existencia, legitimidad y cuantía de la obligación en pendencia de pago con Transportes Automotores Plusmar SA, que según se refiere, al cierre del ejercicio (31.12.2008) ascendía a \$ 1.389.579 (v. fs. 174), aspecto éste que torna endeble el discurso argumentativo en favor de la suspensión del acto que propende. - Obsérvese que no resulta plausible que el Sr. Lluch -abogado de profesión- desconociera al tiempo de invertir en la sociedad accionada (en junio de 2008, v. fs. 4/6) las contingencias referidas a sus pasivos sociales y el posible impacto que ello podía acarrearle en el mediano plazo, entre las cuales ciertamente no cabía descartar el soportar coactivamente una disminución en su participación accionaria a partir del aumento de capital, como finalmente aconteció. Y en la eventualidad de haber previsto dichas consecuencias factibles, tampoco cabe conjeturar que no haya adoptado resorte económico o legal alguno para neutralizar tal futuro incierto (arg. art. 902 Cód. Civil)".

mayorías en concursos para asegurar la supuesta adhesión a propuestas de quitas y esperas confiscatorias. que desestimó la medida cautelar tendiente a suspender los efectos de la decisión asamblearia adoptada por la sociedad "Expreso Buenos Aires SA" el 28 de abril de 2009.

*Otro aspecto es la prima de emisión, que en el caso se omitió³. No hay duda del derecho de la sociedad de fijar una prima de emisión vinculada al mayor valor del patrimonio social, o a su potencialidad. Esa prima puede fijarse aún cuando no se excluya el derecho de suscripción preferente como una forma de proteger a los socios que decidan no ejercer ese derecho. Pero ese valor no puede ser arbitrario como para perjudicar a socios o terceros. Debe corresponder razonablemente a ese mayor valor, y -como señalamos al apuntar al receso en el caso de reintegro o aumento de capital social para cubrir la pérdida del mismo- debe tener en cuenta las dificultades económicas, patrimoniales, financieras y operativas de la sociedad. Estas apreciaciones serán las que determinarán si fue arbitraria o no la omisión de fijar una prima de emisión.

*La capitalización de pasivos frente a crisis económicas es un paso recomendable cuando los socios no quieren reintegrar o capitalizar la sociedad, que excluye el concurso y evita la responsabilidad de administradores y socios.

Así lo entendió la Corte en el caso "Comercial del Plata" en un trascendental *obiter dictum*, al que hemos dado especial trascendencia y que se vincula con aspectos de preconcursalidad, privada y extrajudicial -www.acaderc.org.ar y en *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia* (Córdoba 2010) edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

3 "Por otra parte, la futilidad del cuestionamiento con base en la Resolución General IGJ n° 9/2006 parte de la propia exigencia normativa: la prima de emisión viene impuesta en aquellos casos en los cuales el valor de las acciones emitidas con anterioridad al aumento sujeto a inscripción sea superior a su valor nominal (cfr. art. 1°); circunstancia ésta cuya alegación -ni tangencialmente- ha sido formulada, como tampoco fueron aportados elementos a partir de los cuales pudiera indiciariamente meritarse dicha cuestión, aún sin que mediara explicitación al respecto. - De otro modo, debe reconocerse que en último término la variante de la prima de emisión sólo mitiga parcialmente el perjuicio económico que se les causa a los accionistas con el ingreso de nuevos socios. Ello así, en tanto sólo tiene por finalidad mantener el valor real de la acción pero no impide -como ocurre en estos casos de aumento sin derecho de suscripción preferente- que disminuya la proporción de participación que tenían los accionistas con anterioridad a la emisión de nuevas acciones. Por ende, el menoscabo patrimonial que sufre el accionista resulta inevitable (Cfr. Castellani, Horacio E.J. "Alcances de la limitación y suspensión del derecho de suscripción preferente", RDSyC. N° 1, Dic. 1999, p. 31). ...Por último, no debe tampoco pasarse por alto que asiste al accionante la posibilidad de ocurrir en los términos que le proporciona el art. 195 LSC, como remedio legal para resarcirse los daños derivados de la violación al derecho de suscripción preferente y al de acrecer, si es que así quedara juzgado al término del juicio".

*Estas son las apostillas que nos sugiere, al correr de su lectura- el interesante fallo referido, y que sin duda dará lugar a más profundos comentarios, en la advertencia que en el caso de autos sólo se ha resuelto una cuestión cautelar y, como señalan los señores Camaristas, la apreciación final sobre la arbitrariedad o razonabilidad de lo actuado resultará de la prueba que se produzca.