

Un receso oportunista y caprichoso.



Por:  
**Pablo Augusto Van Thienen**  
Director académico

# Un receso oportunista y caprichoso. Aumento de capital dentro del quíntuplo aprobado por asamblea extraordinaria. Aplicación errónea del artículo 245 LSC. Un fallo preocupante de la sala D: el caso *Molinos Balatón*.

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el **CEDEF Law & Finance**.

## **Abstract.**

La sala D dictó veredicto en el caso Molinos Balatón. Este fallo data del año 2003. Es un caso viejo, antiguo pero no por ello oxidado. Es un precedente que bien vale la pena desempolvarlo por la trama de los hechos y por el derecho aplicado para resolverlo.

Anticipamos que estamos totalmente en desacuerdo con la decisión del Tribunal de alzada. Incluso sostenemos que el caso es arbitrario.

Se trata del derecho de salida (receso) ejercido por ciertos accionistas minoritarios en ejercicio del derecho que reconoce el artículo 245 de la LSC. El receso fue motivado por un aumento de capital social aprobado en una asamblea extraordinaria (art. 235 LSC). El aumento exigía nuevos aportes de los socios. Dicho aumento se efectuó con una prima de emisión de acciones del 60%, razón por la cual aquel aumento de capital no excedió el quíntuplo legal (art. 188 y 202 LSC).

Nos encontramos frente a un aumento de capital que competía a asamblea ordinaria (art. 234) pero fue aprobado por extraordinaria (art. 235). El aumento implicó desembolso para los socios. En opinión del juzgador estaban dados los requisitos legales para que prospere con éxito el receso debiendo la sociedad rembolsar a los accionistas salientes la suma de \$2.105.000.

El caso resulta sumamente interesante pues reconoce y concede el receso desde una perspectiva sumamente literal y formal de la asamblea extraordinaria y, lo más grave para nosotros, sin atender el fin económico y jurídico del derecho de receso.

Esperamos que el caso sea de utilidad pues presenta varias aristas sumamente atractivas para la discusión y el debate.

## **I. El caso Molinos Balatón SA (Sala D. 23 de junio 2003)**

### **A. Los hechos:**

1. Carlos y Enrique Neurdorffer demandan a Molinos Balatón SA por cobro de \$2.105.000 derivado del derecho de receso notificado a la sociedad y aceptado por ésta a través de su representante legal.
2. Sostuvieron que: a) ejercieron el receso luego de una asamblea general extraordinaria que aprobó un aumento de capital; b) remitieron cartas documentos a la accionada notificando su oposición al aumento de capital y exigieron la concesión del derecho de receso; c) el presidente contestó reconociendo ese derecho y comprometiendo a la sociedad al reembolso pertinente, d) el valor de las acciones surge del balance correspondiente al ejercicio finalizado el 30-11-95; e) la asamblea en que se aprobó el aumento de capital fue "extraordinaria" y los demás antecedentes de la accionada como su "memoria" confirman ese carácter, debiendo tenerse en cuenta la doctrina de los propios actos.

3. Molinos Balaton S.A., negó: a) que los actores tuvieran derecho a receder; b) que se les adeude el reembolso de las acciones; c) la aplicabilidad de la doctrina de los actos propios, d) que se haya transgredido la buena fe (art. 953 C.C.); e) que se hubiera reconocido a los actores el derecho de receso; f) que se solicitara al presidente de la sociedad copia del Acta de la Asamblea Extraordinaria del 15-12-95; y g) que se excluyó de la sociedad a los accionantes sin fundamento fáctico ni jurídico.
4. Molinos arguye que el aumento de capital, a pesar de encontrarse dentro del quintuplo previsto en el estatuto social, se efectuó mediante asamblea extraordinaria al emitirse con una prima del 60%, por ello es inaplicable el artículo 245 LSC.

## II. El criterio de la sala.

1. El tema a resolver: Determinar si frente a la celebración de la asamblea extraordinaria que resuelve un aumento de capital dentro del quintuplo y la consiguiente emisión de acciones con prima, procede el derecho de receder.
2. Competencia taxativa de la A.O.: Según la L.S., la asamblea ordinaria tiene competencia taxativa (art. 234) Si el estatuto social prevé el aumento hasta el quintuplo la decisión de aumento incumbe a la ordinaria.
3. Fijación de prima y asamblea extraordinaria: Ahora bien, el *sub-judice* se ubica en el art. 202 que exige la celebración de asamblea extraordinaria en caso de que se efectúe emisión con prima.
4. Requisitos legales para el ejercicio del derecho de salida (receso): Corresponde acoger el receso de los accionantes puesto que se cumplen los requisitos legales previstos para su ejercicio; atento a que podrán separarse en los casos de (i) aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria y, (ii) que implique desembolso para el socio (art. 245 L.S.).
5. Aumento de capital y desembolso: Agrego, que del acta de asamblea surge que la asamblea es "extraordinaria" y expresamente aclara que el aumento de capital se realiza con "dinero en efectivo".
6. Aumento de capital dentro del quintuplo aprobado por asamblea extraordinaria: Molinos sostiene que el aumento se resolvió como cuestión ordinaria y la fijación de la prima de emisión como extraordinaria. Si esto hubiera sido así, se debería haber realizado una asamblea ordinaria y extraordinaria en un mismo acto,- ello no acació. La convocatoria a asamblea debe calificar su índole, y nada impide que ambas reuniones puedan convocarse contemporáneamente para funcionar en un solo acto, con la finalidad de abordar un orden del día que involucre asuntos incluidos en los arts. 234 y 235. En tales casos se requiere para decidir cada asunto el quórum y mayoría exigidos según su naturaleza.

Los accionistas impedidos de suscribir el aumento de capital se perjudicaron en su situación accionaria y pueden receder pues el incremento de capital fue aprobado por una asamblea extraordinaria que fija prima de emisión, e implica un desembolso en efectivo.

7. Legítimo ejercicio del derecho de salida: Los accionistas disconformes con el aumento de capital ejercieron conforme a la ley societaria su derecho de receso, pues el aumento de capital se trató en una asamblea extraordinaria como consecuencia de la aprobación de la prima de emisión y también del texto del acta de asamblea surge que el aumento implicaba un desembolso parcialmente en efectivo.

8. La doctrina de los actos propios: Es aplicable en el caso pues constan cartas documentos remitidas por el representante legal de Molinos Balaton S.A. a cada uno de los accionantes donde textualmente les reconoce su derecho de receso, al decir que: "*El ejercicio incondicionado del derecho de receso demuestra que la resolución de la asamblea fue legítima. El reembolso del valor de sus acciones se efectuará conforme al párrafo quinto del art. 245 LSC. Ud. ya se ha separado de la sociedad, emitiendo la declaración de receder. Su efectiva desvinculación lleva fecha 28-12-95*".

## III. Nuestro comentario.

### A. Aumento de capital (*dentro del quintuplo*) aprobado por asamblea extraordinaria.

El nudo gordiano del caso Molinos Balatón pasa por el carácter de la asamblea que resolvió el aumento de capital. Esta fue extraordinaria. Para resolver el caso el Tribunal sumó 2+2 en una suerte de razonamiento matemático. Si el aumento fue tratado por una asamblea extraordinaria y se impuso desembolso entonces corresponde conceder el receso. La verdad es que esta forma de razonar merece un profundo cuestionamiento. En primer lugar porque el aumento de capital fue tratado por una asamblea extraordinaria

(aún cuando competía a una ordinaria) y en segundo lugar porque el aumento de capital se llevó a cabo dentro del quíntuplo (aún cuando fue tratado por asamblea extraordinaria). Este es en definitiva el meollo de cuestión.

La asamblea de Molinos Balatón trató los siguientes temas: (i) aumento de capital dentro del quíntuplo y (ii) fijación de prima de emisión correspondiente a las nuevas acciones representativas del capital social aumentado. Para tratar ambos temas el directorio convocó a asamblea extraordinaria. En estos términos se ejerció el receso y lo más grave, se lo reconoció judicialmente.

Estamos hablando de la interpretación armónica de los artículos 188, 202, 234 y 235 de la ley de sociedades mercantiles, sin perjuicio del artículo 218 del Código de Comercio como regla de interpretación de los contratos y, todos sabemos que los estatutos sociales son contratos de tipo plurilateral. Veamos:

El artículo 188 LSC expresamente dispone lo siguiente: *El estatuto puede prever el aumento del capital social hasta su quíntuplo. Se decidirá por la asamblea sin requerirse nueva conformidad administrativa. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 202, la asamblea solo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago. La resolución de la asamblea se publicará e inscribirá.*

El artículo 202 LSC expresamente dice: *Se podrá emitir con prima que fijará la asamblea extraordinaria conservando la igualdad en cada emisión.*

El artículo 234 LSC ordena lo siguiente: *Corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver los siguientes asuntos: 4) Aumentos del capital conforme al artículo 188.* Por su parte el artículo 235 LSC señala que corresponde a la asamblea extraordinaria: *todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria (...) en especial: 1º) Aumento de capital, salvo el supuesto del artículo 188.*

Aún cuando los estatutos sociales expresamente autorizaban aumentar el capital por asamblea ordinaria, siempre que sea dentro del quíntuplo, los accionistas decidieron aumentar el capital por asamblea extraordinaria, asamblea en la que se trataría el precio de suscripción de las nuevas acciones, precio que incluiría prima de emisión.

Es notorio pero el artículo 235 LSC indica –con cristalina claridad– que corresponde a la asamblea extraordinaria tratar todos los asuntos que no sean *competencia* de la asamblea ordinaria. Por lo tanto es competencia exclusiva y excluyente de la extraordinaria todos los asuntos no previstos en el artículo 234 LSC, más los expresamente indicados en el artículo 235 LSC más los expresamente pactados en los estatutos sociales.

Es también notorio pero los estatutos sociales podrían expresamente establecer que es competencia de la asamblea extraordinaria los asuntos previstos en el artículo 234 LSC. Esto quiere decir que mediante pacto expreso se podría incorporar a la asamblea extraordinaria los asuntos que competen a la ordinaria. De esta forma lo que logramos es incrementar las mayorías necesarias para aprobar los temas. En alguna medida es un pacto *saludable* pues le estaríamos otorgando a una *minoría calificada* un mayor poder de veto.

Ahora bien, ese mismo objetivo podríamos lograrlo sin modificar o alterar el carácter de la asamblea. Basta con traspasar a la asamblea ordinaria las mayorías de la extraordinaria para que una asamblea ordinaria siga siendo ordinaria pero con las mayorías agravadas de la extraordinaria. Este trabalenguas es un pacto lícito por cualquier lado que se lo mire, no altera el orden público, no vulneran derechos inderogables de los socios y no atenta contra el sistema societario. Es un dispositivo lícito absolutamente inmune a las nulidades relativas y/o absolutas (arts. 251 LSC y art. 1047 C.c.).

Nada impide en nuestro Derecho societario que por pacto expreso estatutario se establezca lo siguiente: (i) se agrave la mayoría de la asamblea ordinaria o (ii) se incluyan en la competencia de la asamblea extraordinaria los temas de la ordinaria. Ambas fórmulas buscan el mismo resultado. Lo interesante de esta fórmula contractual es que resulta más fácil llegar a la *minoría calificada* mencionada arriba *y por lo tanto beneficiando a los accionistas llamados externos*. Desde este fin tuitivo observamos que nada impide en nuestro Derecho societario optar por una cualquiera de ambas fórmulas. En definitiva estamos hablando de tratar los estados contables, la remuneración del directorio y hasta incluso el aumento de capital (dentro del quíntuplo) por asamblea extraordinaria.

Es cierto que el artículo 234 remite al 188 pero ello no impide que la asamblea que trate y considere el aumento de capital (dentro del quíntuplo) sea por asamblea extraordinaria.

Dicho esto llegamos a la conclusión de que el artículo 234 LSC es una norma dispositiva no imperativa respecto del piso fijado por ley para establecer el quórum y las mayorías de las asambleas ordinarias pudiendo aquel piso elevarse por pacto expreso. Aún cuando el artículo 235 LSC expresamente nos indica que corresponde a la asamblea extraordinaria tratar todo lo que no compete a la ordinaria, nada impide que aquella trate los asuntos de ésta. Está claro que la fórmula no funciona a la inversa.

En el régimen de quórum y mayorías previsto en la ley societaria para las asambleas ordinarias y extraordinarias subyace un solo interés jurídico tutelado: *el derecho de veto de las minorías*. Esa protección de tipo legal bien puede ser de tipo contractual o convencional. La protección de tipo contractual corresponde a los estatutos sociales mientras que la protección convencional compete a la específica asamblea. Estamos hablando de una mayoría *ad-hoc*. Este razonamiento nos lleva al siguiente interrogante: ¿podría convocarse a asamblea extraordinaria aún cuando los estatutos (o la ley) indican que el tema compete a asamblea ordinaria? ¿Acto ilícito? ¿Violación de la ley o estatutos? ¿Nulidad por la nulidad misma?

En el caso Molinos Balatón nos enfrentamos a un caso donde un aumento de capital que compete (por ley y estatutos) a una asamblea ordinaria fue tratado y aprobado dentro de una asamblea convocada con carácter de extraordinaria, esto es con las mayorías agravadas. Los accionistas fueron convocados para tratar y resolver un aumento de capital (dentro del quíntuplo) incrementando las mayorías previstas en los estatutos (y en la ley) para resolver este tipo de asuntos. Que el aumento de capital era dentro del quíntuplo legal no había dudas. Por lo tanto estamos hablando de un aumento de capital social (dentro del quíntuplo) tratado por asamblea extraordinaria: ¿corresponde receder?

### **B. Aumento de capital (*sin reforma de estatutos*) y prima de emisión de acciones aprobado por asamblea extraordinaria.**

Coherente con lo dicho anterior observamos que el legislador optó por incrementar el nivel de consenso para fijar el precio de suscripción de acciones. Siendo este un elemento esencial del contrato de suscripción el legislador consideró razonable poner en manos de la asamblea extraordinaria la fijación de la prima de emisión.

En el caso Molinos Balatón nos encontramos enfrentados a una asamblea extraordinaria que mató dos pájaros de un tiro: aprobó el aumento de capital (dentro del quíntuplo) y fijó el precio de suscripción. No se trata de un simple error formal. Veamos el fondo del asunto: es posible bajo la ley 19.550 aumentar el capital social *sin reforma de estatutos* por asamblea extraordinaria.

El carácter extraordinario de la asamblea está dado por la simple razón de que los accionistas no han pactado la fórmula del quíntuplo. El legislador entendió que dicho aumento de capital implica una alteración sustancial del pacto originario atento a que el incremento de capital puede implicar una modificación de la participación relativa del accionista en el patrimonio social: *este es el riesgo implícito de todo aumento de capital*.

La fórmula del quíntuplo ingresa dentro de la competencia de la asamblea ordinaria por la misma razón: *los accionistas están dispuestos a asumir ese riesgo hasta cinco veces el capital suscripto*.

La fórmula del quíntuplo no deja al socio inmune del riesgo de dilución sino que acota dicho riesgo a una cifra expresamente pactada.

Dicho esto nada impide que aún pactada la fórmula del quíntuplo en los estatutos sociales los accionistas decidan aprobar el aumento de capital por asamblea extraordinaria. En el caso que estamos analizando observamos lo siguiente: (i) se convocó a asamblea extraordinaria para tratar un aumento de capital ordinario ofreciendo a los accionistas minoritarios una mejor opción de veto y (ii) el aumento se llevó a cabo con prima de emisión ofreciendo a los accionistas minoritarios la opción de no acompañar el aumento menguando el efecto dilutorio del aumento. Todo esto significa que la asamblea extraordinaria de Molnos Balatón tuvo por finalidad proteger los derechos de las minorías, evitando el receso.

### **C. Aumento de capital dentro del quíntuplo aprobado por asamblea extraordinaria. Un receso mal concedido.**

Ya sabemos que la asamblea extraordinaria de Molinos Balatón trató el aumento de capital ordinario (sin reforma de estatutos) y fijó la prima de emisión. Las acciones debían ser integradas por los accionistas mediante aportes en efectivo.

Para llegar a una conclusión final nos resta analizar el artículo 245 de la LSC. Esta norma nos enseña que pueden receder:

*Los accionistas disconformes con (...) los aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio (...).*

Es notorio pero volvemos a encontrar la palabra *competan*. Este dato no es menor ni baladí pues nos está indicando que corresponde receder cuando el tema tratado sea competencia de la asamblea extraordinaria. No hay que ser muy vivaz para advertir que los temas que competen a la asamblea extraordinaria serán aquellos que indica la ley de fondo (art. 235 LSC) o en su caso, la ley contractual, esto es los estatutos sociales.

El artículo 245 LSC no nos habla de los temas *tratados* por asamblea extraordinaria sino, de los temas que *competan* a este tipo de asambleas. Este dispositivo normativo nos está indicando algo mucho más preciso y profundo: *sólo los aumentos de capital que competen a asamblea extraordinaria dan lugar a receso. Fuera de este caso no hay posibilidad de resolver el contrato social.*

Estamos hablando de un negocio extraordinario que brinda una salida extraordinaria: el receso.

Lo extraordinario es el aumento de capital (con reforma de estatuto), esto quiere decir una alteración de las circunstancias de negocio tenidas en cuenta al contratar. La alteración de la cifra de retención es siempre un negocio extraordinario salvo, pacto de quíntuplo. Dentro de este pacto el aumento de capital *es un negocio ordinario que compete a asamblea ordinaria*, más allá de qué lo trate una asamblea extraordinaria.

En el caso que estamos analizando ocurrió exactamente eso: un aumento de capital que compete a asamblea ordinaria pero que fue *tratado y aprobado* por asamblea extraordinaria. Claramente el aumento de capital dentro del pacto de quíntuplo no compete a asamblea extraordinaria. Siendo esto así porqué reconocer el derecho de receso cuando la ley dice todo lo contrario (art. 245 LSC).

En rigor de verdad lo que sucedió en Molinos Balatón es que los accionistas decidieron incrementar el quórum y mayoría para el tratamiento del aumento de capital (dentro del quíntuplo y sin reforma de estatutos) convocando a una asamblea extraordinaria. Esto es lícito y no devenga receso. Por lo tanto estamos ante un receso mal concedido.

#### **D. Valor nominal más prima de emisión: precio de suscripción.**

El caso encierra un interrogante: ¿integra la prima de emisión el aumento de capital? La respuesta negativa cae por su propio peso. La prima de emisión de acciones no forma parte del capital social ni es patrimonio neto de retención aún cuando la propia ley de sociedades impone para su distribución seguir con el proceso de oposición de acreedores (art. 202 y 204 LSC).

El propio artículo 202 nos habla de la prima de emisión como reserva especial. Por lo tanto aquella no suma al capital ni se computa para la fórmula del quíntuplo.

Esto quiere decir que aún cuando el precio de suscripción exceda con creces el quíntuplo legal la verdad es que lo que debe computarse para dicho quíntuplo es la efectiva cifra del capital suscrito más allá de la reserva de prima de emisión integrada junto con el precio de suscripción.

Esto que decimos podemos verlo con un simple ejemplo:

A) Aumento de capital a la par. Precio de suscripción \$1 v/n:

Capital emitido	\$1.000.000
Aumento de capital	\$7.000.000
Total aumento	\$8.000.000
Total Patrimonio Neto	\$8.000.000

*B Aumento de capital. Precio de suscripción \$10 por acción (\$1 v/n + \$9 prima)*

Capital emitido	\$1.000.000
Aumento de capital	\$ 700.000
Total aumento	\$6.300.000
Prima de emisión	\$8.000.000

El ejemplo A y B nos están indicando que más allá de la suma aportada para financiar capital de trabajo lo que importa a la hora de computar el agotamiento del quíntuplo es la cifra de capital social efectivamente aumentada.

En el ejemplo A observamos que se emiten 7.000.000 de nuevas acciones de \$1 v/n cada una mientras que en el ejemplo B se emiten 700.000 nuevas acciones de \$1 v/n cada una + \$9 en concepto de prima. La diferencia jurídica y contable entre capital social y prima de emisión salta a la vista y no puede ser confundido a la hora de computar el quíntuplo. Siendo esto así no se entiende cómo el Tribunal accedió a reconocer un receso oportunista y caprichoso y lo más grave, absolutamente ajeno al texto y espíritu de la ley de sociedades.

### **E. Doctrina de los propios actos. Con esto era suficiente.**

Más allá del resultado final del veredicto de la sala D - y que nosotros desde aquí cuestionamos por irrazonable y antijurídico - la verdad es que la suerte del caso estaba echada, pero por otro motivo más simple: *la doctrina de los propios actos*.

El presidente del directorio de Molinos Balatón había notificado a los socios recedentes la expresa aceptación del receso, reconociendo ese derecho sin reservas ni condicionamientos. Sin duda la suerte estaba echada.

Aún cuando el receso es una declaración de voluntad unilateral y recepticia que no necesita de la aceptación por el destinatario de la oferta, la verdad es que el directorio de Molinos Balatón la aceptó de manera expresa, definitiva e irrevocable. No podía haber marcha atrás salvo vicio de la voluntad.

Este era el único y real motivo para aceptar el receso ejercido por los accionistas minoritarios. Nada de lo que argumentó el Tribunal para reconocer este derecho se complace con la ley de sociedades. Todo lo contrario se opone y es negativo a ella.

### **F. Conclusión.**

El caso analizado es de sumo interés jurídico por el criterio jurisprudencia sentado respecto del derecho de receso.

El caso analizado despierta interés intelectual pues nos permite imaginar el tratamiento de materias propias de la asamblea ordinaria por asamblea extraordinaria.

El caso analizado genera inquietud académica y práctica puesto que nos permite imaginar el pacto de quíntuplo como materia que compete a asamblea ordinaria pero que es tratada por asamblea extraordinaria. No encontramos ilicitud en esta práctica societaria más allá del cuestionamiento de la nulidad por la nulidad misma.

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen