

Actos Administrativos Inspeccion General De Justicia Control Judicial Sociedades Anonimas Aumento De Capital

JURISPRUDENCIA

Actos administrativos. Inspección General de Justicia. Control

judicial. Sociedades anónimas. Aumento de capital Se revoca la decisión apelada y se ordena a la Inspección General de Justicia que proceda a la inscripción del aumento de capital decidido en asamblea por la sociedad anónima demandada, al concluirse que se encontraba discutido doctrinariamente lo concerniente al carácter facultativo o no de la emisión con prima en aumentos de capital accionario, y que las particularidades del caso (especialmente el tiempo transcurrido desde que se celebró la asamblea y que la misma probablemente estaba ya ejecutoriada), como también la inexistencia de impugnación judicial, tornaban disvalioso persistir en el temperamento adoptado por la Inspección, lo que no llevaría más que disociar la realidad de su correlato registral.

Buenos Aires, 25 de octubre de 2018. Y Vistos: 1. Akeba SA apeló la Resolución I.G.J. n° 534 (fs. 98/102) denegatoria de la inscripción del aumento de capital con reforma estatutaria decidida en la Asamblea Ordinaria y Extraordinaria de fecha 15/11/2013. Entendió el organismo que por no tratarse de una asamblea unánime, el aumento de capital debió haberse realizado con observancia de ciertos recaudos a fin de garantizar el derecho de propiedad de los accionistas ausentes. Concretamente se imputó que no existían precisiones sobre la forma en que habría de efectivizárselo de modo de establecer si era -o no- exigible la emisión con prima (arg. arts. 107/109 RG 7/2015) y la capitalización del saldo existente en la cuenta de ajuste de capital. Coadyuvantemente, destacó la omisión de inscribir el último directorio (art. 60 LGS) lo que contribuía a perjudicar el trámite (conf. art. 40 segundo párrafo RG cit.). 2.a. El recurso se sostuvo con la expresión de agravios de fs. 105/111. Esgrimió la sociedad que resultaba antojadiza la imposición reglamentaria de exigencias no previstas en la Ley General de Sociedades, a la vez que entendió exorbitada la esfera de control asignada por los arts. 7 Ley 22.315 y 300 LGS. Preciso que la emisión de acciones con sobreprecio respecto de su valor nominal resultaba una facultad privativa de la asamblea. Particularmente refirió que la reunión había sido celebrada en segunda convocatoria con presencia de accionistas titulares del 33,356% del capital con derecho a voto, donde se resolvió el aumento del capital de \$100.000 a \$1.000.000 por unanimidad de los presentes. Que luego de la difusión por edictos de aquella resolución social, solo optaron por suscribir las acciones -en la proporción de sus tenencias- los Sres. Beatriz Graciela Grünfeld, Alberto Luis Grünfeld, Diana Nora Grünfeld y Andrea Sara Grünfeld y que ante el desinterés de los restantes socios acrecieron en su proporción. Puntualizó que la integración del aumento se efectivizó con aportes de dinero en efectivo, abonándose un 25% al momento de la suscripción y el saldo en tres cuotas semestrales, con vencimiento la primera de ellas a los dos meses de la emisión de los títulos y las restantes dos a los ocho y catorce meses respectivamente. b. Por su parte, la Inspección General de Justicia contestó el traslado en fs.129/37 y la Sra. Fiscal General actuante ante esta Cámara declinó dictaminar por no entender comprometidos los intereses por los cuales debe velar (120 CN, v. fs. 139). 3. Inicialmente resulta imprescindible reconocer que la materia traída a análisis reconoce varios matices de opinabilidad. Para empezar, ha sido arduo el debate en torno a los alcances del control de legalidad de la Inspección General de Justicia en la órbita de su función registral (vid. Anaya, Jaime L. y Podetti, Humberto A., Código de Comercio y leyes complementarias comentados y anotados, 1° edic., ed. Bibliográfica Omeba, vol. I, pág. 452 y ss.; Favier Dubois, Eduardo (h), El Registro Público de Comercio y las inscripciones societarias, 1° edic., Ad Hoc, Bs. As. 1998, p. 89/93; Benseñor, N. ¿El Registro Mercantil: seguridad jurídica y publicidad? en ¿Derecho societario y de la empresa? Comunicaciones al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (V Congreso de Derecho Societario) edit. Fespresa, Huerta Grande, Córdoba, 1992, vol. II, pp. 140; Fernandez, Raymundo y Gomez Leo, Osvaldo R. Tratado teórico-práctico de derecho comercial, Depalma, Bs. As., 1988, T. II pág. 27 y ss.; Nissen, Ricardo A. ¿Las facultades del registrador mercantil en torno al ejercicio del control de legalidad de las inscripciones societarias?; Cash, Guillermo, ¿El control de legalidad del registrador mercantil?, Ragazzi, Guillermo E., ¿El control de legalidad registral y sus alcances?, estos tres últimos publicados en Jornadas Nacionales de Derecho Societario en homenaje al Profesor Enrique M. Butty, Fundejus, marzo 2007, págs. 209/241). A pesar de ello, si por hipótesis se adhiriera a la idea de un modelo de control dilatado, intenso y sustancial del negocio jurídico cuya registración se requiere, resulta contrapartida lógica la explicitación de los contornos de aquella laxitud, de modo de evitar cualquier generalidad, ambigüedad o arbitrariedad que pudiera ser objeto de reproche jurídico. En este cauce, se ha sostenido que la mención expresa de las razones y antecedentes -fácticos y jurídicos- determinantes de la emisión del acto administrativo se ordena a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica; todo ello en función de un adecuado contralor frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de

defensa (disid. Dres. Moliné O'Connor y Fayt in re: "Goldemberg, Carlos A.", consid. 4º, Fallos 322:366). Como en toda actividad estatal, el ejercicio del poder de policía atribuido al registrador mercantil debe ser ejercido con fundamentos técnicos y en forma razonable, en tanto resulta inadmisibles considerar que puedan existir sectores de la actividad administrativa libres de toda vinculación normativa, lo que inevitablemente colisionaría con un estado de derecho (cfr. Gusmán, A. S., "El principio de legalidad y el acto administrativo discrecional", ED 170-1185). Al respecto ha dicho nuestro más Alto Tribunal que: "La circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales, no puede dejar de lado el control judicial suficiente de los actos administrativos de naturaleza jurisdiccional a que obliga el principio de separación de poderes, ni tampoco puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria" (conf. "Elías, Jalife s/acción de amparo", Fallos 316:3077). Con alusión a todo lo dicho, hemos entendido antes de ahora que la fiscalización judicial de la legitimidad de la actividad administrativa alcanza no sólo al examen de las cuestiones jurídicas involucradas, sino también de las fácticas subyacentes. Sobre todo si se trata del control de potestades discrecionales, las cuales como se dijo con anterioridad, necesariamente se apoyan en una realidad que funciona como presupuesto de hecho de una norma de cuya actividad se trata (cfr. esta Sala, 3/11/2011, "IGJ c/SA La Nación s/organismos externos", Expte. COM33535/2010 siguiendo a Tawil, Guido S. "El control de la calificación jurídica de los hechos por parte de los tribunales de justicia", LL 1992-D, 335). Puestos frente a tal cometido, surge emplazado en el conflicto otra temática de suma volatilidad: la concerniente al carácter facultativo -o no- de la emisión con prima en aumentos de capital accionario; antagonismo que plasman las partes aquí intervinientes en sus respectivos escritos de fs. 105/111 y fs. 129/37. La problemática que se plantea es que, mientras el art. 194 in fine de la LGS prevé el derecho de suscripción preferente como esencial e inderogable -con las limitaciones del art. 197 LGS-, la prima de emisión aparece regulada en el párr. 2º del art. 202 de la LGS como una mera facultad de la asamblea. A partir de allí, se generó un amplio debate en el ámbito de la doctrina nacional en relación al carácter facultativo u obligatorio de la prima de emisión. Simplificando al máximo aquellas posiciones, podemos afirmar que algunos postulan que la emisión con prima es contemplada por la ley como una mera posibilidad y no como un derecho inderogable (vid. Anaya, Jaime L. en su voto en disidencia en CNCom. Sala C, "Augur SA s/quiebra c/Sumampa SA", ED 114-369) mientras otro sector -a la sazón mayoritario- deriva su obligatoriedad por la coherencia interna del sistema y por la aplicación de los principios primigenios del derecho privado (cfr. Butty, Enrique M., Aumento de capital y prima de emisión, ponencia a las Quintas Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, inédito; Nissen, Ricardo A., Curso de derecho societario, Bs. As., Ad-Hoc, 2003, págs. 407/8; García Cuerva, Héctor M., Prima de emisión: ¿derecho u obligación?, LL 1985-E-13; Digheo, Juan M., Emisión con prima: su obligatoriedad en ciertos supuestos de aumento de capital cuando hubieren diferencias notables entre el valor nominal y "real" de las acciones, en RDCO, vol. 30, nº 175-180, 1980, pág. 73; Duloup, Atilio C. (h.), Prima de emisión y derecho de suscripción preferente, ED, 128-819; CNCom., sala B, 19/5/1997, "Lurie, Jorge A. c/Ponieman Hnos. SA s/sumario", Errepar DSE, nº 117, agosto 1997, t. IX, pág. 243). Adicionalmente, la reglamentación actual exige para la inscripción de las decisiones asamblearias que disponen aumentos de capital, que el valor de suscripción incluya una prima de emisión en la medida que el valor de las acciones emitidas con anterioridad al aumento sujeto a inscripción sea superior a su valor nominal (art. 107 RG IGJ 7/15), definiendo luego el procedimiento de valuación (art. 108) y las excepciones al principio (art. 109). No huelga recordar que la finalidad del instituto pretende evitar la descapitalización de los viejos accionistas en manos de nuevos suscriptores de capital, quienes para compensar la plusvalía patrimonial de la sociedad pagan un sobreprecio. Ello, en tanto que, una vez efectuado el aumento, todas las acciones participan en igualdad de condiciones de los derechos económicos sobre el conjunto del patrimonio societario. Ahora bien, hay quienes postulan que esta justificación carece de sentido cuando los suscriptores de las nuevas acciones son los propietarios de las antiguas. Esos suscriptores no necesitan adquirir aquella parte de las reservas, por la simple razón de que ya son titulares de derechos sobre las reservas, utilidades no distribuidas y cualesquiera otro valor incorporado al patrimonio que torne superior al valor nominal el valor de las acciones. En caso de exigírseles la prima, se traduciría en hacerles pagar por lo que ya tenían, (vid; Perecerou, Jean "La prima de emisión de acciones en el caso de aumento de capital", LL 50-1148; Richard, Efraín H. Derechos patrimoniales de los accionistas en las sociedades anónimas, ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1970, p. 204; ambos citados en Roitman, H. Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y Anotada, ed. La Ley, 2006, T. III, pág. 549, pp. 1497 y pág. 551, pp. 1506). Después de todo lo dicho, corresponde adentrarnos en los presupuestos fácticos del caso que han servido para la motivación del acto administrativo en crisis. Tengamos presente que nos hallamos frente a una asamblea que sesionó hace casi cinco años (v. el 15/11/2013, fs. 5). De allí que más allá de los avatares que aquí se analizan, lo más probable es que aquella decisión haya sido ejecutoriada en la medida que, según se afirmó, no fue objeto de impugnación judicial alguna resultando, por ende, de cumplimiento obligatorio (arg. arts. 233 y 251 LGS). Hecha la prevención anterior, en el acto social se explicitó: "...el inmueble constitutivo del principal y casi único activo de la sociedad presenta un significativo nivel de deterioro. Que el edificio requiere de urgentes reparaciones, tanto en su mampostería como en sus instalaciones de agua corriente, electricidad y gas natural. Así también es necesario proceder a la renovación de los

sanitarios y pintar el exterior del inmueble con el objeto de protegerlo de un deterioro mayor. Que los recursos de que dispone la sociedad para llevar adelante dicho proyecto resultan insuficientes, desde que a raíz de su mala condición, solo puede alquilárselo en valores bajos...? (fs. 5). Del dictamen precalificatorio (fs. 54) surge que la tenencia accionaria anterior al aumento estaba distribuida de la siguiente manera: (a) Grünfeld, Abraham E. s/sucesión: 54.554 acciones, (b) Sanchez, Manuel s/sucesión: 8.090 acciones, y con 8.339 acciones cada uno: (c) Grünfeld, Beatriz G., (d) Grünfeld, Alberto L., (e) Grünfeld, Diana N. y (f) Grünfeld, Andrea S. Luego del aumento, los cuatro accionistas mencionados en último término suscribieron su parte y acrecieron en la proporción en cabeza de las sucesiones renuentes, resultando con una participación accionaria que asciende a 23,33% para cada uno de ellos y que en total representa el 93,32% del capital social. Es exacto que la asamblea no ha sido unánime, en tanto comparecieron y votaron quienes tenían el 33,35% del capital social. No obstante, la compulsa del expediente arroja que la publicidad tanto de la convocatoria a asamblea como la relativa al ejercicio del derecho de suscripción preferente fue efectuada (v. edictos en el B.O., fs. 33/37, fs. 55/56). Y ello no es un dato menor, puesto que en una materia privativa de la voluntad social (tal la oportunidad, mérito y conveniencia del aumento de capital o la capitalización de sus reservas), el cumplimiento de las exigencias formales es siempre garantía para quienes no han intervenido en el acto. Adicionalmente, tampoco puede pasar desapercibido que el mismísimo art. 202 LGS sanciona con nulidad relativa la emisión de acciones bajo la par. Colegimos, entonces, que aun cuando pudiera especularse que el aumento del capital sin prima podría lesionar derechos patrimoniales de los accionistas que no suscribieron las nuevas acciones, no se trata más que de derechos individuales de contenido patrimonial, de suyo disponibles. Está claro que en el aumento de capital como negocio jurídico colegiado de naturaleza societaria no hallamos comprometido usualmente el orden público. Antes bien, saltan a la vista dos intereses bien concretos: el interés societario en alcanzar financiamiento genuino y el interés particular del accionista de suscribir o no dicho aumento. En definitiva, aquellos intereses pueden coincidir o repelerse y en este último caso el accionista disconforme con la operación de financiación no le quedará otro camino que soportar los costos de verse diluido en su participación accionaria (art. 233 LGS, cfr. Van Thienen, Pablo A.-Di Chiazza, Iván G., Aumento de capital social: ¿Nulidad absoluta de la asamblea o inexistencia del acto?, LL 2011D, 81, cita on line AR/DOC/1999/2011). En suma, las particularidades apuntadas (v. gr. tiempo transcurrido, inexistencia de impugnación judicial, carácter relativo de la nulidad, objeto social y motivación para el aumento) aconsejan desechar las observaciones levantadas para la registración del acto, en la inteligencia que aquellas se perciben como irrazonables en el contexto de opinabilidad reseñado. Por otro lado, concluir diversamente resultaría disvalioso desde la óptica de tuitiva de la publicidad. Es previsible -como ya se anticipó- que el aumento se encuentre integrado completamente y que las mejoras en el inmueble de la sociedad incluso se hayan efectuado, de modo que persistir en el temperamento adoptado por la IGJ no llevaría más que disociar la realidad de su correlato registral, situación que debe ser evitada justamente en resguardo de los derechos de terceros para cuya tutela ha sido concebida. Del mismo modo en que la Administración tiene reservado para sí un grado de discrecionalidad y libertad en sus decisiones, ante la variedad de situaciones que, como las del caso, no pueden ser taxativamente previstas reglamentariamente, es factible su revisión por vía judicial. Es la razonabilidad con que se ejercen las facultades discrecionales el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia. Por último, sobre los reparos relativos a la falta de inscripción del directorio, apúntase que sólo en el plano de las relaciones internas la designación y/o cesación de los administradores es operativa desde la fecha misma de la decisión social, siendo la registración meramente declarativa y que cumple una función de publicidad (arg. contrario sensu, art. 60 LSC; cfr. Sasot Betes-Sasot, Sociedades Anónimas -El órgano de Administración, ed. Abaco, 1980, Cap. II, A, pto. 15, p. 103, , esta Sala, 6/5/2010, "Resuche Alberto Osvaldo c/Hoteles Miro SRL s/ejecutivo", Expte. COM28717/2009). 4. Corolario de lo expuesto, se resuelve: estimar la apelación y revocar la decisión de fs. 98/102 ordenando a la Inspección General de Justicia proceda a la inscripción del aumento de capital de la firma Akeba S.A. decidido en la asamblea del 15/11/2013. Adscribe esta Sala al criterio doctrinario que postula que cuando los recursos se orientan a impugnar la legalidad de un acto emanado de un organismo de la Administración Pública, no es equiparable aquella actuación al de las partes en las contiendas judiciales, extremo que autoriza apartarse del principio general que impera en materia de costas (v. esta Sala del 01/03/2012, ?IGJ c/Sociedad Urbanizadora Inmobiliaria SA s/organismos externos?; íd. 6/10/2011 ?Comisión Nacional de Valores c/Alpargatas SA s/organismos externos-seguimiento posible vta. de paquete accionario?, íd. 1/6/2015, ?Stolbizer, M. c/IGJ s/amparo? Expte. COM 37620/2013, íd. 26/4/2016, ?Fasten SA c/IGJ s/amparo? Expte. COM 36605/2013, en igual sentido CNCom, Sala A, 20/7/06 ?IGJ c/Boca Crece SA s/organismos externos?, Sala B, 25/5/97 ?Autolatina Argentina ante IGJ s/denuncia Mario E. Capodónico? y sus citas; Sala C, 8/02/2011 ?Comisión Nacional de Valores c/Papel Prensa SA s/apelación directa?; Sala D, 26/10/2011 ?Inspección General de Justicia c/Det Norske Veritas SA s/ organismos externos?, entre otros). Con tal alcance, las costas se distribuirán en el orden causado (art. 68:2 CPCC). Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado. Hágase saber la presente decisión a la

Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (cfr. Ley n° 26.856, art. 1; Ac. CSJN n° 15/13, n° 24/13 y n° 42/15). Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía n° 17 (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). Rafael F. Barreiro

Alejandra N. Tevez María Florencia Estevarena Secretaria de Cámara Correlaciones:
Prinmar SA c/Cafiero y Pollio SA s/ordinario - Cám. Nac. Com. - Sala A - 04/04/2013 - Cita digital IUSJU207161D
033369E