

Sociedad Anonima Asamblea Aumento De Capital Derecho De Receso Nulidad

JURISPRUDENCIA

En Buenos Aires, a los 4 días del mes de

abril de dos mil trece, se reúnen los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, con asistencia de la Sra. Secretaria de Cámara, para entender en los autos caratulados ?PRINMAR S.A. C/ CAFIERO Y POLLIO S.A. S/ ORDINARIO? (Expte. n° 095102, Registro de Cámara n° 044946/2005), originarios del Juzgado del Fuero Nro. 3, Secretaría Nro. 6, en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido en el art. 268 C.P.C.C., resultó que debían votar en el siguiente orden: Doctora María Elsa Uzal, Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers y Doctora Isabel Míguez. Estudiados los autos se planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? A la cuestión propuesta, la Señora Juez de Cámara Doctora María Elsa Uzal dijo: I.- Los hechos del caso 1.) La accionante ?Prinmar S.A.? promovió demanda contra ?Cafiero y Pollio S.A.?, solicitando la declaración de nulidad de ciertas decisiones adoptadas en la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de esta última sociedad celebrada el día 03.06.2005. Relató que la accionada era una sociedad que fue creada en fecha 24.08.1987, cuya actividad principal estaba constituía por el procesamiento de materia prima derivada de la pesca, indicando que su parte detentaba cuatro mil (4.000) acciones que representaban el 13,33 % del capital social, participación que había sido adquirida mediante un convenio celebrado en las actuaciones caratuladas ?Coomarpes Cooperativa Limitada c/ Cafiero y Pollio S.A. s/ cobro de pesos?. Explicó que, desde su ingreso al ente, se produjeron roces con otros socios en el seno interno de la sociedad, toda vez que el Sr. Francisco Romano ?quien había adquirido a través de sociedades y personas interpuestas más de la mitad del capital accionario de ?Cafiero y Pollio S.A.?? comenzó una actividad persecutoria contra su parte, lo cual se manifestó cabalmente con numerosas decisiones adoptadas por la sociedad en claro perjuicio de su parte. Manifestó que, en ese contexto de situación, se celebró la asamblea cuestionada, en la cual se encontraban presentes socios que detentaban la cantidad de veintiocho mil (28.000) acciones, las cuales representaban el 93,33 % del capital accionario de ?Cafiero y Pollio S.A.?. Indicó que durante el curso de la asamblea de marras se opuso a la aprobación de la mayoría de los puntos del orden del día, en tanto éstos resultaban antijurídicos y susceptibles de nulidad, no obstante lo cual, todos ellos fueron igualmente aprobados por los restantes socios presentes en el acto. Objetó la aprobación y solicitó la nulidad de las decisiones adoptadas al tratar los siguientes puntos del orden del día: a.) el 3° mediante el cual se aprobaron los estados contables de la sociedad cerrados al 30.06.2003 y 30.06.2004; b.) el 4° a través del cual se ratificó la aprobación dispuesta en la asamblea celebrada el 05.03.2004 respecto de los estados contables cerrados al 30.06.2002; c.) el 5° en el cual se aprobó la gestión de algunos de los directores de la sociedad; y d.) el 6° que dispuso la modificación del estatuto de la sociedad, en particular, la decisión de proceder al incremento del capital social a la suma de pesos ?(\$?.-) manteniendo la posibilidad de aumentar nuevamente el capital hasta el quíntuplo mediante la celebración de una asamblea ordinaria. Indicó, en relación a esta última disposición, que el aumento de capital por absorción de la cuenta ?ajuste de capital?, tal como fuera decidido en la asamblea, resultaba contrario a la ley y, por ende, susceptible de nulidad, toda vez que dicha cuenta no constituía una reserva y por lo tanto no encuadraba dentro de los supuestos de aumento nominal previstos en la LS: 189. Sostuvo, asimismo, que de entenderse que el aumento de capital fue realizado mediante la absorción de fondos provenientes de la cuenta ?resultados no asignados? se habría tratado un punto que no estuvo incluido en el orden del día, siendo, también en tal supuesto, nula la decisión adoptada en ese sentido. Aseveró que, aún de considerarse válido el incremento propuesto, lo cierto es que no correspondía mantener la cláusula que permitía aumentar, por asamblea ordinaria, el capital social hasta su quíntuplo, toda vez que dicha disposición se encontraba ligada al capital determinado en el estatuto y, por ende, caducaba de pleno derecho cuando se superase ese límite, tal como aquí acontecía. Adujo que al resolverse en la asamblea que la sociedad conservaba la capacidad de aumentar nuevamente su capital hasta el quíntuplo por asamblea ordinaria, ello importaba una modificación relevante del acto constitutivo que resultaba nula, toda vez que restringía el ?derecho de receso? de su parte. Agregó que tal aumento no tendría una real justificación, motivo por el cual solamente se habría efectuado para posibilitar, en una asamblea posterior, aumentar el capital hasta el quíntuplo utilizando una base de capital importante, con el objeto de licuar, de esa forma, la participación accionaria de ?Prinmar S.A.?. 2.) Efectuado el pertinente traslado del escrito de inicio, la demandada ?Cafiero y Pollio S.A.? se presentó y contestó demanda a fs. 180/3, solicitando el rechazo de la acción deducida con expresa imposición de costas. Explicó cada una de las decisiones adoptadas en la asamblea general cuestionada, sosteniendo que no existió irregularidad alguna que justificase la nulidad pretendida de tales disposiciones. En torno a la modificación del contrato social, sostuvo que si bien en la mentada asamblea se decidió que el aumento de capital se efectuara por capitalización de la cuenta ?resultados no asignados? y no respecto de la cuenta ?ajuste de capital? prevista en el orden del día, lo cierto es que ello no implicó una violación a la LS: 246 toda vez que la mentada

norma, solo establece la nulidad cuando se considera una cuestión no incluida en el orden del día, lo cual aquí no ocurrió. Agregó, por otro lado, que la capitalización de dicha cuenta resultaba forzosa por expresa disposición de IGJ en su Resolución General N° 25/2004. Manifestó que la decisión de mantener la posibilidad del aumento hasta el quíntuplo del capital social sobre el monto actualizado de dicho capital se llevó a cabo mediante una asamblea extraordinaria y con el objeto, por un lado, de que la cláusula en cuestión tuviera sentido lógico y real y, por otro, de evitar recesos de parte de los socios, en atención a que la sociedad necesitaba de su capital de giro.

II.- La sentencia recurrida. El fallo de primera instancia ?dictado a fs. 393/402? receptó, parcialmente, la demanda incoada por ?Prinmar S.A.? contra ?Cafiero y Pollio S.A.? disponiendo la nulidad de las decisiones adoptadas en la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de esta última sociedad, celebrada el día 03.06.2005, que: a.) aprobaron los estados contables cerrados al 30.06.2003 y 30.06.2004; b.) ratificaron la aprobación de los estados contables cerrados al 30.06.2002 ?aprobados en la asamblea celebrada los días 05.03.2004 y 05.04.2004?; y c.) aprobaron la gestión de los directores Bruno Romano y Sebastián M. Galiano. Para así decidir, el juez de grado juzgó, en primer lugar, que en el expediente N° 92713 ?incoado entre las mismas partes?, se había declarado la nulidad de la decisión que aprobó los estados contables del ejercicio cerrado el 30.06.2002 ?decisión que se encontraba firme?, razón por la cual no podía sostenerse la validez de la decisión que ratificaba dicho punto, así como tampoco, la que dispuso la aprobación de los ejercicios ulteriores, habida cuenta la necesidad de una secuencia regular en los balances. Entendió, respecto de la aprobación de la gestión de los administradores, que no resultaba posible evaluarlos, sin contar con los pertinentes balances que permitiesen comprobar su gestión empresaria y la eficiencia conductiva, por lo que también dispuso la nulidad de la aprobación de su gestión. Rechazó, en cambio, la pretensión de nulidad de la decisión asamblearia que dispuso la modificación de la cláusula 4ª del contrato constitutivo de la sociedad, con el consiguiente aumento de capital allí establecido. Sostuvo, en ese sentido, que la LS: 235 prevé expresamente la atribución de la Asamblea Extraordinaria de modificar el estatuto de la sociedad, sin contemplar como requisito la ?unanimitad?, agregando que en el supuesto de afectarse ?derechos adquiridos? de los socios, el legislador había previsto el ?derecho de receso?. Expresó que si bien la decisión que adoptó la referida asamblea podría generar a la actora consecuencias mediatas que ésta no prefiere, lo cierto es que tal agravio resultaba conjetural e hipotético y, por ende, insuficiente para acceder a la nulidad pretendida. Aseveró, por otro lado, que para que hubiese una afectación al derecho de propiedad de la actora, debió demostrar esta última el agravio patrimonial que le habría producido la modificación estatutaria cuestionada, lo cual, no ocurrió, pues no se acreditó que la suma dispuesta en el aumento de capital, así como su eventual aumento hasta el quíntuplo importase para la accionante un sacrificio diferente al que se previó en la oportunidad de constituir la sociedad. Agregó que la necesidad de que se confeccionen nuevos balances para la sociedad, tornaba abstracta la argumentación referida a la absorción de la cuenta ?ajuste de capital? para realizar el aumento de capital.

III.- Los agravios. Contra dicho pronunciamiento se alzó únicamente la parte actora quien dedujo la apelación obrante a fs. 403, la que fue fundada con la expresión de agravios que luce glosada a fs. 414/20, presentación que no fuera contestada por su contraria no obstante el traslado conferido. Controvirtió la recurrente, la desestimación de la nulidad incoada contra la decisión que dispuso la modificación del artículo 4° del estatuto social del ente demandado, señalando, en primer lugar, que su parte no había solicitado que se exigiese ?unanimitad? para la toma de la decisión asamblearia como sostuvo el sentenciante de la anterior instancia. Arguyó, por otro lado, que al aumentar el capital social en forma ostensible y al dejar abierta la posibilidad de que ?por segunda vez? se aumente el capital hasta el quíntuplo por asamblea ordinaria, se le impedía a su parte el ejercicio del ?derecho de receso? y se hacía mucho más severa la carga de ?Prinmar S.A.?, todo lo cual resultaba más que suficiente para acceder a la nulidad pretendida. Cuestionó, asimismo, que el juez a quo considerase que el perjuicio derivado de la disposición cuestionada era meramente conjetural e hipotético, sosteniendo que resultaba claro que el perjuicio patrimonial ya se había producido, en tanto su ?derecho de receder? se encontraba vulnerado, afectando, a su vez, el valor de su tenencia accionaria. Explicó que el perjuicio de su parte aparecía en forma incontrovertible y evidente, toda vez que si se debiera participar en un aumento de capital hasta el quíntuplo conforme el contrato originario, únicamente debería aportar el 13,33% de australes ? (A ?.), en cambio, con la modificación estaría obligada a aportar la misma proporción pero de pesos ? (\$?.-) ?importe que debería integrarse en caso de decidirse el aumento hasta el quíntuplo?, es decir, la suma de pesos ? (\$?.), para no ver licuada su participación. Sostuvo, en esa línea, que resultaba concordante y pacífica la jurisprudencia en orden a sostener que correspondía decretar la nulidad de aquellas disposiciones que restringiesen el ?derecho de receso?, tal como acontecía en la especie. Agregó que la reforma del estatuto que se limitaba a prever un futuro aumento al quíntuplo del capital social no podía dar lugar al ?derecho de receso?, aun cuando fuese nula por perjudicar el ejercicio de ese mismo derecho.

IV.- La solución propuesta. 1.) El thema decidendum. En este marco, la cuestión a decidir en esta Alzada ha quedado centrada, en definitiva, en determinar si resultó acertada la decisión del juez de grado de desestimar el planteo de nulidad del punto 6° del orden del día de la Asamblea General Ordinaria celebrada por la sociedad demandada el día 03.06.2005, mediante el cual se decidió modificar el estatuto social, disponiéndose el aumento del capital hasta la suma de pesos ? (\$?.-), manteniendo inalterable la cláusula que

permitía -mediante la celebración de una asamblea ordinaria? el aumento del nuevo capital hasta su quintuplo. 2.) Antecedentes fácticos relevantes. Antes de ingresar en el tratamiento de la cuestión sometida a consideración, cabe efectuar una breve reseña de los aspectos fácticos relevantes verificados en el litigio, en la medida que se los estime conducente para la dilucidación del conflicto.

En ese sentido, debe señalarse que resultan coincidentes las partes en punto a que la actora detentaba cuatro mil (4.000) acciones que representaban el 13,33 % del capital social de la sociedad accionada ?Cafiero y Pollio S.A.?. Asimismo, no es materia de controversia que en fecha 03.06.2005 se celebró la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de la mentada sociedad habiéndose decidido, en lo que aquí interesa: a.) la aprobación de los estados contables cerrados al 30.06.2003 y 30.06.2004; b.) la ratificación de la aprobación cuestionada de los estados contables cerrados al 30.06.2002; c.) la aprobación de la gestión de los directores Bruno L.C. Romano y Sebastián M. Agliano; y d.) la modificación del estatuto de la sociedad, disponiéndose el aumento del capital social a la suma de pesos ? (\$?.-), manteniéndose la posibilidad de aumentar hasta el quintuplo dicho capital por asamblea ordinaria. En esa línea, también debe referirse que la sociedad actora se opuso, en la mentada asamblea, a la aprobación de todas las citadas decisiones, no obstante lo cual, éstas fueron, en definitiva, aprobadas por los restantes socios. Por otro lado, cabe destacar que las tres (3) primeras disposiciones fueron declaradas nulas por el juez a quo y dichos aspectos de la sentencia no fueron cuestionados por ninguna de las partes, en consecuencia, corresponde considerar que el acogimiento de la nulidad deducida por la actora respecto de esos puntos se encuentra firme y consentido, siendo el único aspecto debatido en esta Alzada el referido a la decisión que aprobó la modificación del estatuto de la sociedad y el consiguiente aumento de capital allí dispuesto. 3.) La decisión adoptada al tratar el 6° punto del orden del día de la asamblea cuestionada que dispuso la modificación del estatuto de la sociedad y el consiguiente aumento del capital social. a.) Introducción. Efectuada la breve reseña precedente de los aspectos fácticos relevantes, corresponde ingresar en el tratamiento concreto de la disposición cuestionada, a fin de determinar si ésta resultaba válida como entendió el magistrado de grado, o corresponde proceder a su anulación tal como postuló la recurrente. Así las cosas, debe referirse que mediante el citado punto se decidió la modificación del estatuto de la sociedad disponiéndose, entre otros aspectos, el aumento del capital social a la suma de pesos ? (\$?.-), quedando la cláusula en cuestión redactada, en lo que aquí interesa, de la siguiente forma: ?el capital social es de ? pesos (\$?.-) representado por doscientas mil acciones de valor ? peso cada una. El capital puede ser aumentado por asamblea ordinaria hasta el quintuplo de su monto? (véase fs. 88/9). Cabe recordar que el capital social original ascendía a la suma de australes ? (A ?.-). Resulta necesario dejar aclarado, que se advierte una divergencia importante entre el texto del ?borrador certificado del acta de asamblea? ?véase fs. 80/4? y lo volcado finalmente en el acta suscripta por los accionistas designados ?véase fs. 85/90?, dado que en el mentado borrador se dispuso que el aumento de capital se llevaría a cabo mediante la capitalización de las cuentas ?ajuste de capital? y ?resultados no asignados? (véase fs. 80/4) y en el acta definitiva se dejó expresa constancia, en cambio, de que el aumento se llevaría a cabo, únicamente, a través de la capitalización de la primera de esas cuentas ??ajuste de capital?, ya que, si bien en principio, se mocionó para que se capitalizara también la cuenta ?resultados no asignados?, lo cierto es que se aclaró que los fondos existentes en la cuenta ?ajuste de capital? resultaban suficientes para cancelar íntegramente el aumento dispuesto, limitando la moción a la absorción de los fondos existentes en esta cuenta (véase fs. 85/90). En ese contexto, cabe destacar que deberá estarse a lo que surge del texto del acta de la asamblea ?en tanto este instrumento es el que se encuentra suscripto por la sociedad a través de los socios designados a ese efecto?, es decir, que el aumento de capital propuesto se efectuaría mediante la absorción de parte de los fondos existentes en la cuenta ?ajuste de capital? ?véase que serían necesarios, en todo caso, \$?. a los fines pretendidos con la decisión aprobada? (véase fs. 88/9). Por último, cabe recordar que si bien la apelante centró los fundamentos de sus agravios en una supuesta vulneración a su ?derecho de receso?, sin reeditar los restantes cuestionamientos efectuados al momento de celebrarse la asamblea y al interponer demanda, en orden a la improcedencia del aumento del capital social, por absorción de la cuenta ?ajuste de capital? ?o en su caso de la cuenta ?resultados no asignados?, lo cierto es que se advierte que para determinar la validez, o no, del punto cuestionado ?así como el eventual agravamiento del ?derecho de receso? de la actora? resulta conducente ingresar en la consideración de dichos aspectos. b.) La procedencia de la capitalización de la cuenta ?ajuste de capital?. Así las cosas, corresponde dilucidar, en primer lugar, si resultaba procedente para efectuar el incremento del capital social la absorción de la cuenta ?ajuste de capital? tal como se dispuso en la asamblea cuestionada, debiendo para ello realizar ciertas precisiones en orden a la citada cuenta. En esa dirección, cabe recordar que cuando se habla contablemente de ?ajuste de capital?, se hace referencia al mismo capital, expresado en moneda constante, menos el valor histórico. Asimismo, es dable referir que la cuenta así denominada ??ajuste de capital?? debe contener la diferencia entre el capital social reexpresado en moneda de cierre de balance ?el capital ajustado por inflación? y el capital social sin reexpresar ?importe nominal? (véase Resolución Técnica N° 6 de la Federación Técnica de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, punto ?IV.B10? apartado ?b)? in fine). Es del caso resaltar que la llamada cuenta ?ajuste de capital? es una cuenta del patrimonio neto, que no implica otra cosa que el derecho de los accionistas a la entrega de las acciones liberadas que proporcionalmente les corresponden

sobre ese capital ajustado, por lo que previo a todo aumento de capital mediante el aporte efectivo de dinero o bienes, en principio, resulta obligatorio considerar los saldos de dicha cuenta en los términos de la LS: 189. Ello así, toda vez que se trata de la reexpresión del capital nominal de la sociedad que deriva de la consideración de tales saldos, con la consiguiente emisión en sentido sustancial de las acciones deben constituir la base del ulterior incremento efectivo de capital (conf. IGJ, Resolución 25/2004). En ese sentido, ha sido establecido que "para la inscripción en el Registro Público de Comercio de aumentos efectivos del capital de las sociedades por acciones, será obligatoria la previa o simultánea inscripción en dicho Registro de la emisión de acciones liberadas correspondientes al total del saldo de las cuentas del patrimonio neto de 'ajuste de capital' y/ o saldo de 'revalúo contable' y/o similares?" (conf. IGJ, Resolución 24/2004, art. 1°). De todo lo expuesto, se colige que al ser la cuenta "ajuste de capital" una reexpresión del capital nominal de la sociedad previsto en el estatuto "ajustado por inflación", corresponde que previo a cualquier aumento de dicho capital que implique un aporte efectivo del socio sea capitalizada tal cuenta. Así las cosas, no cabe sino entender que el procedimiento previsto en la asamblea cuestionada para decidir el incremento del capital social "absorción de la cuenta "ajuste de capital" resultaba ajustado a lo previsto en la normativa vigente, en la medida de la existencia y contenido de dicha cuenta. A mayor abundamiento, cabe referir que a igual solución correspondería arribar, aún en la hipótesis de considerar que el aumento en cuestión hubiese sido decidido mediante la absorción de fondos existentes en la cuenta "resultados no asignados".

En efecto, conforme lo expresado por la Resolución Técnica N° 25/2004 de la IGJ la imputación de resultados positivos a cuentas como "resultados no asignados" "entre otras similares" configura un mecanismo ilegítimo de formación de reservas, en pugna con preceptos de la Ley de Sociedades, por lo que dichos fondos deben ser distribuidos como dividendos, constituidos como reservas o deben ser capitalizados con entrega de acciones liberadas (conf. IGJ, Resolución Técnica N° 25/2004, considerandos). c.) La falta de acreditación del importe necesario para hacer efectivo el aumento de capital decidido. Encontrándose determinada la viabilidad del aumento del capital social mediante la imputación de los fondos existentes en la cuenta "ajuste de capital", cabe pasar a analizar si en el sub lite se encontraban dadas las condiciones para proceder a dicho aumento y, por ende, para considerar válido el punto de la asamblea que así lo dispuso. En ese marco, es dable recordar "en primer término" que los balances de la sociedad demandada correspondientes a los ejercicios cerrados los días 30.06.2003 y 30.06.2004, fueron anulados por el juez de grado "decisión que, se reitera, se encuentra firme" y el relativo al ejercicio cerrado en fecha 30.06.2002 también fue declarado nulo en el Expediente N° 092713 incoado por el aquí accionante, que tramitara por ante el Juzgado Comercial N° 3, Secretaria N° 6. Asimismo, debe resaltarse que el balance aprobado de dicha sociedad correspondiente al ejercicio cerrado el 30.06.2001, fue requerido por este Tribunal a fs. 427, como medida para mejor proveer en uso de las facultades previstas por el CPCC: 36, inc. 4, pero no fue acompañado por la demandada pese a la intimaciones efectuadas (véase fs. 429/30, 436, 440, 447, 451/7). En este marco fáctico, es claro que más allá de su pertinencia formal, lo resuelto, exige un necesario correlato fáctico para viabilizar la concreción del aumento en esos términos, esto es, precisar la real entidad de la cuenta "ajuste de capital" "así como también, en su caso, de la cuenta "resultados no asignados", con aptitud para provocar la capitalización de esos ajustes o resultados, lo cual únicamente se puede establecer a través de un balance regular, que, en el sub judice, no ha sido aportado y/o mediante algún otro medio de prueba idóneo, que en la especie no se realizó. Así las cosas, ante la orfandad del presupuesto básico de la decisión sobre el punto, no cabe sino considerar que no existen elementos que permitan demostrar que la cuenta "ajuste de capital" exhibiese un saldo que reflejase, al momento de decidirse el aumento, la suma de pesos "(\$?.-), tal como fue sostenido en la asamblea "véase las manifestaciones del socio Sebastián Marcelo Agliano de fs. 89". Por el contrario, las probanzas obrantes en autos, autorizan razonablemente a sostener que la mentada cuenta no contaba, a dicho momento, con un saldo suficiente para hacer frente a un incremento de pesos "(\$?.-) como el que fuera decidido en el referido acto. En efecto, nótese que el perito contador designado en autos sostuvo que se desconocía el sistema o método que había aplicado la demandada para arribar al monto que figuraba en sus registros para la cuenta "ajuste de capital" (véase fs. 356), habiendo calculado que, conforme los índices de inflación, el capital original de australes "A ?.-) era equivalente al 30.06.2004 "fecha de cierre del ejercicio correspondiente al año 2004" a la suma de pesos "(\$?.-) "véase anexo de fs. 338", cifra que se advierte insuficiente para realizar el aumento pretendido de pesos "(\$?.-). Así las cosas, no encontrándose demostrado mediante un balance regular aprobado "o a través de alguna otra probanza idónea" la existencia de la cuenta que se pretendía capitalizar o, en todo caso, que contaba ella con respaldo suficiente para concretar el mentado incremento, no cabe sino entender que no resultó válida la decisión que disponía la modificación del estatuto social con el consiguiente aumento de capital hasta la cifra expresamente indicada. En efecto, al no encontrarse determinada la base cierta de la cuenta en cuestión, no es posible establecer si los saldos allí determinados, en su caso, resultarían suficientes para justificar el incremento de marras, circunstancia que debió constituir entonces y constituye ahora, un óbice para la aprobación del punto cuestionado. Nótese, en esa línea, que de permitirse el incremento del capital social a la suma de pesos "(\$?.-) mediante la absorción de la cuenta "ajuste de capital" decidida en la asamblea, sin encontrarse determinada la real significación de la mentada

cuenta, supone la nulidad de la decisión adoptada en ese sentido, por carecer el aumento de capital decidido de base cierta para su determinación, lo cual atentaría contra la estabilidad y certidumbre sobre la efectiva entidad y debida conformación del capital social, elemento fundamental en la vida del ente. Agréguese a lo expuesto que, en este contexto, adquiere cierta virtualidad el agravio de la actora en orden a considerar que un incremento del capital social en las condiciones expresadas vulneraría el correcto ejercicio de un eventual ?derecho de receso?, al no hallarse debidamente establecidas las condiciones para su ejercicio. Recuértese, en ese sentido, que el ?derecho de receso? es la atribución que la ley acuerda al accionista disconforme con determinadas resoluciones asamblearias de retirarse o separarse de la sociedad por la sola manifestación con el correspondiente reembolso del valor de sus acciones (conf. Vitolo, Daniel Roque; ?Sociedades comerciales?; Ed. Rubinzal ? Culzoni; T. IV; Santa Fe 2008, pág. 167) y que la LS: 245 dispone, en lo que aquí nos atañe, que ?es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio?. Así las cosas, cabe puntualizar que si bien en principio no existiría perjuicio alguno para la actora al disponerse la capitalización de la cuenta ?ajuste de capital?, ya que se trata del mismo capital original ajustado por inflación, lo cierto es que las especiales circunstancias que rodean a la decisión adoptada por la asamblea objetada, permiten concluir que, en definitiva, tal derecho se vería afectado, se reitera, en la medida en que no luzcan debidamente establecidas las condiciones de su ejercicio. En consecuencia, no puede sino concluirse que la decisión cuestionada careció de una base cierta que permita corroborar la procedencia del aumento de capital dispuesto y desde este ángulo, esa incerteza se torna expresiva de una eventual vulneración al ?derecho de receso? de la actora. Por último, no puede dejar de mencionarse que idénticas consideraciones correspondería realizar en el supuesto de tratarse de la absorción de fondos incluidos en la cuenta ?resultados no asignados?, en tanto, también para resultar válida dicha decisión, debía comprobarse cuál era la composición de esa cuenta y si resultaba suficiente para el aumento decidido, aspectos respecto de los cuales también existió una total orfandad probatoria. Sobre la base de todo lo expresado, no cabe sino receptar, pero por los fundamentos aquí expuestos, el agravio deducido por la accionante, debiendo acogerse con este alcance la nulidad impetrada respecto de la decisión adoptada al tratar el punto 6° del orden del día de la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de la sociedad ?Cafiero y Pollio S.A.? celebrada el día 03.06.2005.

4.) El régimen de costas. Habida cuenta de que lo hasta aquí expuesto determina la modificación parcial del pronunciamiento apelado, tal circunstancia hace que deba revisarse la distribución de costas efectuada en la anterior instancia, en razón de que incumbe a este Tribunal expedirse sobre ese particular, en orden a lo previsto por el CPCC: 279. Pues bien, sabido es que en nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos ?como regla? por la parte que ha resultado vencida en aquél. Ello es así, en la medida que las costas son corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 Cód. Proc.) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido. La Corte Suprema ha resuelto, en reiteradas oportunidades, que el art. 68 CPCC consagra el principio de la derrota como rector en materia de costas, ya que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar la contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (conf. CSJN, Fallos, 312:889, entre muchos otros). Sin embargo, si bien esa es la regla general, la ley también faculta al Juez a eximirla, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss). Síguese de lo expuesto que la imposición de las costas en el orden causado o su eximición ?en su caso? procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiere un apartamiento de la regla general (conf. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T° I, pág. 491). En la especie, no se aprecian fundamentos suficientes que permitan apartarse del principio general supra referido, toda vez que fueron acogidas la totalidad de las pretensiones incoadas por la actora, habiéndose declarado la nulidad de todas las decisiones cuestionadas, resultando la sociedad accionada vencida en la contienda. Así las cosas, corresponde imponer las costas de la anterior instancia a la demandada en su condición de vencida en dicha instancia. Igual solución, cabe entender aplicable a las costas derivadas de la actuación ante esta alzada por análogas razones (CPCC: 279 y 68).

V.- Conclusión. Por todo lo expuesto, propicio al Acuerdo: a.) Receptar, por lo fundamentos desarrollados en el considerando ?IV.-3.)? el recurso deducido por la accionante y, en consecuencia; b.) Modificar la resolución apelada, disponiendo la nulidad de la decisión adoptada al tratar el punto 6° del orden del día de la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de la sociedad ?Cafiero y Pollio S.A.? celebrada el día 03.06.2005; c.) Imponer las costas de ambas instancias a la accionada en su condición de vencida en el pleito (CPCC: 279 y 68). He aquí mi voto. Por análogas razones, el Señor Juez de Cámara Dr. Alfredo Arturo Kölliker Frers y la Señora Juez de Cámara Dra. Isabel Míguez adhieren al voto precedente. Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los Señores Jueces de Cámara Doctores: María Elsa Uzal Isabel Míguez Alfredo Arturo Kölliker Frers María Verónica Balbi Secretaría de Cámara Buenos Aires, 4 de abril de 2013. Y VISTOS: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se resuelve: a.) Receptar, por lo fundamentos desarrollados en el considerando ?IV.-3.)? el recurso deducido por la accionante y, en consecuencia; b.) Modificar la resolución apelada, disponiendo la nulidad

de la decisión adoptada al tratar el punto 6° del orden del día de la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de la sociedad ?Cafiero y Pollio S.A.? celebrada el día 03.06.2005; c.) Imponer las costas de ambas instancias a la accionada en su condición de vencida en el pleito (CPCC: 279 y 68). María Elsa Uzal, Isabel Míguez y Alfredo Arturo Kölliker Frers. Ante mí, María Verónica Balbi. Es copia del original que corre a fs. 460/471 de los autos de la materia. María Verónica Balbi Secretaria de Cámara

Correlaciones: Molina Sandoval, Carlos A., Aumento de capital social, Compendio Jurídico, Octubre 2008, .

Cita digital: