

COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS NÚMEROS 51/2012 TRIBUNAL DE APELACIONES CIVIL 1º TURNO Y 215/2013 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

DRA. MARÍA FLORENCIA CHÍRICO

I. HECHOS. PRIMERA INSTANCIA

El 27 de agosto de 1990, C.O. quien era titular del 5% de las acciones de F.M.C S.A., las prenda a favor de P S.A. en garantía de una deuda personal.

Como consecuencia del incumplimiento en el pago de la referida deuda, el 21 de junio de 1994 P. S.A. promueve ejecución prendaria. Llevadas las acciones a remate, no habiendo postores por dos veces, el 11 de diciembre de 1996 le fueron adjudicadas a la ejecutante, quien nunca lo comunicó a la sociedad ni ejerció sus derechos como accionista.

En ese mismo año, el 89% del paquete accionario de F.M.C S.A. fue vendido a F S.A., sociedad integrada por J. C. y E. M., quienes continuaron comprando acciones a otros accionistas hasta completar el 95%, quedando la actora como única accionista minoritaria. Desde 1996 a fines de 2007 la empresa fue saneada y el valor de las acciones aumentó notablemente.

En mayo de 2007, el Directorio publicó la convocatoria a asamblea extraordinaria de accionistas para "consideración de aumento de capital social e integrado".

En la asamblea extraordinaria, que tuvo lugar el 7 de junio de 2007 y a la cual no asistió la accionista minoritaria, se consideró el aumento de capital integrado, resultando del acta respectiva que uno de los accionistas mayoritarios "explica que en la actualidad la sociedad tiene un pasivo de U\$S 13:071.058 cuyo acreedor ha ofrecido capitalizar la deuda existente..." y propone aceptar el aporte del crédito, previa capitalización de todos los rubros patrimoniales capitalizables, lo que fue aprobado por unanimidad de presentes.

A continuación se dejó constancia de que los accionistas presentes renunciaban a su derecho de preferencia y a la eventual acción judicial fundada en ese derecho.

El 29 de junio de 2007 los accionistas J. C. y E. M. obtuvieron la cesión del crédito de U\$S 13:071.058 que tenía el Banco de la República Oriental del Uruguay contra la sociedad y el 30 de junio cedieron ese crédito a la sociedad DIS SL –integrada por ellos dos– que resultó ser, en definitiva, la acreedora dispuesta a capitalizar su crédito, deviniendo así accionista de F.M.C S.A..

En dicha oportunidad también le cedieron a DIS SL todas sus acciones y las de F S.A.

El 10 de junio de 2007 se publicó un extracto de la resolución de capitalización de rubros patrimoniales e integración de capital por \$ 312:659.707, a efectos de cumplir con lo dispuesto por el art. 362 de la Ley N° 16.060.

En el mes de diciembre de 2007, se emitieron y entregaron las nuevas acciones a la accionista DIS SL.

En el año 2008 se inician tratativas con P S.A. para adquirir las acciones en su poder y el 28 de agosto de 2008, ésta reclama la indemnización prevista en el artículo 329 de la LSC, sosteniendo la violación de sus derechos de preferencia y acrecimiento, a pesar de haber rechazado en más de una oportunidad la entrega de acciones por parte de DIS SL, a los efectos de que integrara y mantuviera así su porcentaje.

El 21 de noviembre de 2008 P S.A. promueve demanda contra F.M.C S.A., y sus directores J. C. y E. M., por haberle privado el ejercicio del derecho de preferencia y acrecimiento en la integración de capital realizada, pretendiendo se les condene solidariamente al pago de la indemnización legalmente prevista que ascendería a \$937:979.121 con reajustes, intereses, costas y costos.

Subsidiariamente, demanda a dicha sociedad y a la accionista DIS SL, para que sea anulada la suscripción de acciones efectuada por la última, estableciendo el derecho de la actora de suscribir la totalidad del aumento de capital integrado por \$ 312:659.707.

En primera instancia se amparó la demanda y se condenó solidariamente a F.M.C S.A. y, a sus directores, J. C. y E. M., a pagar a la actora la suma de \$ 937:979.121, con reajuste desde la entrega efectiva de las acciones y hasta su pago, sin imponer condena en las costas y costos del proceso.

II. SEGUNDA INSTANCIA

Tribunal: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer turno de Montevideo.

Número de sentencia: 51/2012, 16 de mayo de 2012

Magistrados: Castro Rivera, Alicia (Firmante) - Salvo López De Alda, Nilza (Firmante) - Sosa Aguirre, Tabaré Gregorio (Firmante) - Vázquez Cruz, Eduardo José (Discorde)

Suscitada discordia total entre los miembros de la Sala, se procedió a la integración por sorteo, que recayó en el Ministro Dr. Tabaré Sosa Aguirre, con quien se obtuvo la mayoría necesaria para dictar decisión en la causa.

Contra la sentencia de primera instancia los litigantes condenados y la sociedad DIS SL interpusieron recurso de apelación.

A. APELANTES:

F.M.C S.A., J. C., E. M. y DIS SL, solicitan la revocación de la condena y la desestimación de la demanda entendiendo que no procede indemnización monetaria dado que las acciones “estuvieron y están a disposición de P S.A.- si desea mantener su 5% de participación accionaria en la sociedad” o que, en subsidio, se revoque el monto de la condena, fijándolo en el “triple de la diferencia del valor de las acciones que P S.A. podría haber suscrito” por su derecho de preferencia pero sin incluir el derecho a acrecer.

Explicitando su crítica al fallo, señalan que la actora “no probó que hubiera ejercido su derecho de preferencia y menos aún el acrecimiento, que suponían un aporte económico importante- siendo que hay sobrada prueba de su desinterés por la sociedad: nunca ejercieron sus derechos de accionistas ni los comunicaron a los demandados, con quienes tenían trato, por lo que no puede sostenerse que la integración de capital por una sociedad formada por los accionistas mayoritarios le haya causado daño. Pero además, no corresponde ir a la indemnización ya que aún es posible entregar a la actora las acciones que necesita para mantener su porcentaje del 5%, lo que con consentimiento de la sociedad adquirente, le han ofrecido reiteradamente contra el aporte respectivo, y siempre ha rehusado. Lo cual pone de manifiesto que estamos frente a un abuso de derecho por parte de una accionista minoritaria, que pretende un beneficio desmedido a costa de la sociedad –mayor que el patrimonio social- poniendo en grave riesgo su subsistencia.

Por último, la condena nunca pudo tener en cuenta el valor de las acciones que representarían el total integrado, sino que, en último caso, debió limitarse al valor de las necesarias para mantener el 5% del paquete

accionario, porque la actora nunca hubiera podido acrecer, ya que lo hicieron los accionistas mayoritarios, y porque la ley no las toma como base de cálculo.”¹

B. TRIBUNAL (Castro Rivera, Alicia - Salvo López De Alda, Nilza - Sosa Aguirre, Tabaré Gregorio):

El tribunal, si bien admite la nota de esencialidad de los derechos de preferencia y acrecimiento, sostiene a su vez que los mismos pueden ser limitados bajo ciertas condiciones previstas legalmente (Ley N° 16.060 arts. 319 núm. 4, 326, 343 núm. 8 y 330).

En este sentido establece lo siguiente: “como viene de decirse, ley y doctrina admiten que el derecho de preferencia no es absoluto sino que puede limitarse o suspenderse cuando así lo exija el interés social, y uno de los casos en que eso es posible es cuando se trate de capitalizar obligaciones preexistentes y eso sea de interés para la sociedad.” (...) Tampoco quiere la ley que el accionista que se ha visto indebidamente privado del derecho de suscripción preferente pueda hacer caer el aumento de capital, sino que le concede acción en la medida de su interés, para que se le adjudiquen las acciones que pudieran corresponderle. Más aún, si esto no fuera posible ya, para no perjudicar a terceros, se establece una indemnización a todas luces “extraordinaria” porque no podrá ser inferior a tres veces el precio por el cual se hayan emitido las acciones de que se vio privado.”³

Al analizar la cuestión planteada, la Sala entiende que no se está “ante un supuesto en que se emiten acciones para integrar capital y se adjudican a un tercero sin respetar la preferencia de los accionistas, sino ante un caso de emisión de acciones para capitalizar pasivo, para pagar con ellas una deuda que interesa cancelar. En este último caso, el derecho de preferencia de los accionistas puede ceder ante el interés prioritario de la sociedad de desembarazarse de ese pasivo. Para hacerlo era necesario convocar una asamblea extraordinaria de accionistas poniendo expresamente en el orden del día que se consideraría esa posibilidad y luego incluir en el acta la decisión de suspender el derecho de preferencia.

En el caso, se convocó dicha asamblea pero no se consignó en el orden del día ese punto específico ni tampoco surge tal decisión expresa del acta respectiva.”⁴

A juicio del Tribunal, lo que ocurrió fue la suspensión del derecho de preferencia para un propósito particular, previsto expresamente por la ley.

Y el mismo entiende que tal decisión pudo haber sido impugnada mediante la acción de impugnación de asambleas, entendiendo que la impugnación es la vía para la defensa de los derechos del accionista que se siente perjudicado por una integración de capital.

“Cabe destacar que tal decisión no fue impugnada ni se sostuvo en la demanda que tuviera el propósito de perjudicar a la actora o algún otro propósito fraudulento.”⁵ El párrafo que acaba de transcribirse resulta de importancia en la medida en que, si bien el Tribunal en la sentencia que se analiza no lo considera, el mismo resulta ser el fundamento que maneja la Corte en la instancia de Casación -siendo que desestima el recurso por entender que la actora no prueba el daño que tal decisión le ocasionó-, justamente no demuestra el perjuicio sufrido motivado en la decisión asamblearia.

En la presente sentencia el Tribunal da un enfoque a los hechos que difiere del planteado tanto por la accionante como por la defensa, que en ningún momento establecen la discusión acerca de si era o no legítimo postergar el derecho de preferencia para posibilitar la capitalización de una deuda de la que era acreedor un tercero, siendo de interés para la sociedad, como forma de liberarse de pasivo.

1 Sentencia número 51 del 16 de mayo de 2012. TAC 1° Turno. Considerando Primero.

2 *Ibidem*, numeral Quinto.

3 *Ibidem*, numeral Quinto, párrafo segundo.

4 *Ibidem*, numeral Séptimo, párrafo segundo y tercero.

5 *Ibidem*, numeral Séptimo, párrafo noveno.

“No obstante, la Sala en mayoría entiende que está dentro de sus facultades reinterpretar la base fáctica –sin modificarla– desde una perspectiva normativa diferente (iura novit curia). Al respecto importa consignar que no está permitido al juez invocar hechos no alegados por las partes, ni alterar el contenido objetivo de la pretensión, pero sí puede aplicar a la situación fáctica planteada la norma jurídica que considere adecuada al caso.”⁶

P S.A. sostuvo que FMC S.A. incurrió en dos omisiones de carácter formal, en primer lugar porque omitió consignar, en la convocatoria de la asamblea extraordinaria para tratar el aumento de capital integrado, que se consideraría la suspensión del derecho de preferencia y luego, porque omitió consignar en el acta de la asamblea la decisión expresa de suspender ese derecho por esta vez para todos los accionistas.

A ese respecto el Tribunal entendió que “el único sentido de toda formalidad es la tutela de algún derecho sustancial, que –en el caso– es notoriamente el derecho de preferencia del accionista que, a su vez, tiene como finalidad la defensa de su porcentaje de capital accionario, para impedir que resulte abatido por un aumento de capital integrado sin darle oportunidad de integrar.”⁷

Y como consecuencia señala que la actora pudo haber impugnado la decisión adoptada en la asamblea extraordinaria de accionistas que atacó su derecho de preferencia, siendo que además la misma fue debidamente convocada, por lo que descartó la posibilidad de alegar la ignorancia respecto de la decisión adoptada, “y no pudo caberle duda alguna de que la decisión de capitalizar una obligación por U\$S 13:071.058 implicaba que, en esa oportunidad, ningún accionista podría ejercer su derecho de preferencia y que únicamente podría receder. Por tanto, debía haber impugnado la decisión ejercitando la acción correspondiente, para lo cual tenía un plazo de noventa días a contar desde la realización de la asamblea o, a más tardar, a contar desde la publicación efectuada el 10/7/07 que le ofrecía ejercitar su derecho de receder.”⁸

La mayoría de la Sala entiende que la pasividad de la actora ante la decisión adoptada –dejando transcurrir cualquier plazo para impugnarla– opera la convalidación de los defectos formales que pudieron haber dado causa a su anulación y deja firme la decisión de la asamblea de accionistas adoptada por unanimidad, por accionistas que representaban el 95% de las acciones integradas.

“Toda la doctrina coincide en que, aunque una resolución adoptada en asamblea pueda ser susceptible de anulación a instancias de cualquier accionista perjudicado en sus derechos, incluyendo los de preferencia y acrecimiento (art. 330 y 365), la nulidad es relativa y se convalida si el perjudicado no acciona en plazo (art. 366). Se trata de un plazo de caducidad, cuyo transcurso extingue el derecho del accionista, no siendo un plazo procesal sino civil.”⁹

El Tribunal deja en claro que la falta de impugnación de la asamblea por parte de la accionante, sumada al hecho de que tampoco compareciera a tiempo de evitar la adjudicación de las acciones a la acreedora, responde a que la misma optó “claramente por esperar para pedir la indemnización legal.”¹⁰

Actuación esta que resulta, a criterio de la sala, corroborada por el reiterado rechazo por parte de P S.A. de aceptar el ofrecimiento de los co-demandados y de la tercera en cuanto a acceder a integrar las acciones necesarias para recuperar su porcentaje del 5% en la sociedad. El Tribunal entiende por lo tanto aplicable la teoría de los actos propios, en la medida de que la actora nada hizo para evitar su perjuicio o mejorar su posición más allá del reclamo de la indemnización, que como viene de verse a los ojos del Tribunal, sería una instancia última, previa impugnación de asamblea y presentación ante la sociedad con el fin de evitar la entrega de las acciones a la nueva accionista.

En conclusión, los Ministros antes referidos, en mayoría entienden que “contrariamente a lo que plantea la actora, la situación no encuadra en el supuesto del art. 328 de la Ley N° 16.060, que prevé el ofrecimiento de acciones a los accionistas antes de ofrecerlas a terceros, ni en el art. 329, que presupone que opera el derecho de preferencia y acrecimiento.

6 Ibidem, numeral Octavo, párrafo primero.

7 Ibidem, numeral Noveno, párrafo tercero.

8 Ibidem, numeral Noveno, párrafo cuarto.

9 Ibidem, numeral Noveno, párrafo séptimo.

10 Ibidem, numeral Noveno, párrafo décimo.

Ambas disposiciones devienen inaplicables en tanto la asamblea extraordinaria de accionistas del 7/6/07 decidió capitalizar una obligación preexistente (art. 330) y con ello, vino a suspender el ejercicio del derecho de preferencia y acrecimiento, mediante una decisión que inicialmente fue irregular –por motivos formales– pero luego quedó convalidada por la falta de tempestiva impugnación. La ley dispone la publicación del art. 328 “en los casos en que proceda el ejercicio” de los derechos de preferencia o acrecimiento y entiende la Sala que no corresponde tal publicación en este caso.

En suma, el Tribunal estima que la resolución que tácitamente privó a la actora de ejercer derechos en esta integración de capital, quedó consentida y saneado el vicio formal relevado, de modo que la única opción para la actora era ejercitar el derecho de receder (art. 330) a cuyo efecto se hizo la publicación respectiva.

Todo lo cual, conlleva a la revocatoria y al rechazo de la pretensión de cobro de una indemnización, lo que hace innecesario a la Sala abocarse a considerar si, como sostiene la apelante, hubo o no daño y cuál sería la cuantía reparatoria que correspondería.”¹¹

C. DISCORDIA

El DR. EDUARDO VÁZQUEZ, MINISTRO DISCORDE, expresó que los accionistas mayoritarios J. C., E. M. y F.S.A. resolvieron aumentar el capital integrado mediante la capitalización de un pasivo de \$ 312.659.707 que se mantenía con un acreedor no accionista, sin darle a P.S.A. la posibilidad de ejercer su derecho de suscripción preferente. Sostiene también que se le negó a la actora la posibilidad de acrecer su suscripción en la parte que le correspondía a los otros accionistas, ya que éstos renunciaron a su derecho de suscripción preferente.

En la misma línea, destaca que en la sesión del Directorio del 30 de junio de 2007, J. C. y E. M., únicos directores, resolvieron aceptar la integración de capital del acreedor sin haber realizado la publicación prevista por el artículo 328 de la Ley N° 16.060 y sin haber dado noticia a P.S.A.

Manifiesta a su vez que existe una clara violación al derecho de suscripción preferente en la medida de que los propios demandados reconocen que no realizaron la tercera publicación que la ley establece, llamando a la suscripción de acciones, por tanto, el minoritario no tuvo la posibilidad de ejercer tal derecho y así mantener su participación porcentual en la sociedad (artículos 326 a 330 de la Ley 16.060).

“En consecuencia, ante la violación del derecho de preferencia, el artículo 329 de la Ley 16.060 establece en caso de que las acciones ya se entregaron –que es lo que ocurre en autos– y no se puede proceder a la cancelación a efectos de remediar dicha situación, se consagra la responsabilidad de la sociedad, el administrador o los directores culpables para el caso de violación del derecho de preferencia. Se establece una indemnización solidaria de los daños causados al perjudicado que en ningún caso será inferior al triple del precio por el cual se emitan las acciones. En la medida en que se vulneró el derecho de preferencia y en consecuencia el de acrecer, no resultan de recibo los agravios de la apelante correspondiendo confirmar la recurrida.”¹²

III. CASACIÓN

Tribunal: Suprema Corte de Justicia del Uruguay

Número de sentencia: 215/2013

Fecha: 08/04/2013

Magistrados: Chediak González, Jorge Omar (Redactor) - Chalar Vecchio, Julio César (Firmante) - Larrioux Rodríguez, Jorge Tomás (Firmante) - Pérez Manrique, Ricardo Cesar (Firmante)

La sociedad anónima accionante interpone recurso de casación contra la sentencia revocatoria del fallo de primera instancia que hizo lugar a la demanda sobre cobro por daños derivados de la suspensión de su derecho de preferencia a la suscripción o adquisición de nuevas acciones de la misma clase. La Suprema Corte de Justicia del Uruguay rechaza el recurso impetrado.

¹¹ *Ibidem*, numeral Décimo y Undécimo.

¹² Sentencia número 51 del 16 de mayo de 2012. TAC 1° Turno. Discordia del Dr. Eduardo Vázquez. Numeral tercero último párrafo, numeral cuarto y quinto.

La Corte, por unanimidad, aunque por diferentes fundamentos, desestima el recurso de casación interpuesto.

En primer término, la recurrente sostiene que la sentencia de segunda instancia viola el principio de congruencia y el artículo 198 del C.G.P. al sentenciar basada en hechos distintos a los propuestos por las partes, invocando a su entender erróneamente el principio de *'iura novit curiae'*.

La Corte a este respecto señaló que “en autos surge alegado y debatido el tema del derecho de preferencia de la parte actora, siendo uno de los hechos alegados la imposibilidad del ejercicio del referido derecho, por lo que la interpretación desde la perspectiva de una normativa diferente (*iura novit curia*) efectuada por la Sala, no implica incongruencia del fallo, ya que no se advierte la alegada reforma de la plataforma fáctica.”¹³

El Ministro Dr. Chalar, por su parte, comparte lo expresado por la recurrente en lo que a este agravio se refiere.

La Corte, siguiendo la misma línea argumentativa del Tribunal de Apelaciones, entiende que toda la problemática ventilada en autos tiene su origen en la decisión de Asamblea de capitalizar pasivo y que dicha resolución pudo haber sido impugnada mediante la acción de impugnación de asambleas.

También, sostienen que el artículo 329 de la Ley de Sociedades Comerciales, establece la acción judicial de quien tenga derecho de preferencia, disponiendo: “...Las acciones del inciso anterior deberán ser promovidas en el término de seis meses a partir del vencimiento del plazo de suscripción o del momento en que puedan adquirirse las acciones...”.

Por tanto, respecto a este punto comparten lo señalado por el Tribunal en cuanto a que “la actora tuvo reiteradas oportunidades de ejercitar, a posteriori de la multitudada -Asamblea, el derecho de preferencia lo que rechazó sistemáticamente optando, ahora en juicio, por solicitar la indemnización prevista en el artículo 329 de la Ley No. 16.060.

Además, el tenor de la norma que viene de referirse es claro: lo que primero procede es la solicitud de cancelación de las suscripciones, correspondiendo la indemnización tasada cuando sea imposible la cancelación de las mismas, por haber operado entrega de las acciones. En el caso, la suscripción de las acciones puede cancelarse, ya que no la efectuaron terceros, sino los socios mayoritarios, lo que, como se dijo, se le ofreció al actor, quien debía integrar el capital de las acciones en más que quisiera suscribir o -si no lo deseaba hacer -mantenerse con un porcentaje menor de participación, o bien receder (inc. 2 del artículo 330 de la Ley No. 16.060).

Por lo tanto, y como sostiene la Sala en el Considerando X, a fs. 634: “... la resolución que tácitamente privó a la actora de ejercer derechos en esta integración de capital, quedó consentida y saneado el vicio formal relevado, de modo que la única opción para la actora era ejercitar el derecho de receder (art. 330) a cuyo efecto se hizo la publicación respectiva”.¹⁴

En segundo término la recurrente se agravia en la errónea aplicación de los artículos 326, 328, 329 y 330 de la Ley No. 16.060, agravio que el Ministro Dr. Chalar entiende corresponde desestimar por los fundamentos que se expresan a continuación: a su juicio, debe tenerse presente que en autos lo que se discute concretamente es lo siguiente: si el aumento del capital integrado de FMC S.A., aprobado por la sociedad en la asamblea extraordinaria del 7 de junio de 2007, que llevó a que la participación de P.S.A. en FMC S.A. pasase del 5% al 1,852%, implicó la violación del derecho de preferencia de P.S.A., de modo tal que generara un daño resarcible.

“Esa disminución de la participación de P.S.A. violó su derecho esencial como accionista a tener la opción preferente de mantener su grado de participación en el capital de la sociedad. En efecto, FMC S.A. omitió cumplir con el ofrecimiento de acciones que manda hacer la Ley de Sociedades Comerciales en forma expresa y tuitiva del accionista en su artículo 328 mediante publicaciones por tres días. Y de esa forma P.S.A. se

¹³ Sentencia número 215 del 8 de abril de 2013. Suprema Corte de Justicia. Considerando Segundo, párrafo tres.

¹⁴ *Ibidem*, numeral Cuarto, párrafos veintiuno a veintitrés.

enfrentó al hecho consumado de haber pasado de ser titular de acciones por un valor nominal de \$U6.000 (el 5% de un capital integrado que ascendía a \$U120.000), a ser titular de acciones por un valor nominal de \$U9.197.745,74, equivalente al 1,852% del capital integrado (que asciende a \$U496.638.539).¹⁵

El referido Ministro continúa determinando el carácter indemnizatorio de la eventual condena por violación del derecho de preferencia del accionista, señalando además que dicho carácter surge de los propios términos de la norma, que además de referir a los “daños causados”, refiere expresamente al monto de una “indemnización”.

Y resulta en este punto que la Corte falla desestimando la casación, fundamentando la misma en la falta de acreditación del daño sufrido por parte de P S.A.

Al respecto puntualizó: “el accionista que pretenda ser resarcido por haberse violado su derecho de preferencia, deberá acreditar entre otros elementos configurativos de la responsabilidad civil, la verificación de un daño resarcible”.

P S.A. no presentó pruebas respecto del daño resarcible. Es más, en su demanda manifestó expresamente que “para el cobro de tal sanción no es necesaria la prueba de los perjuicios sufridos, ya que la Ley, al establecer un mínimo, está tasando los mismos, los cuales presume se generan siempre que se le priva al accionista el ejercicio de su derecho de preferencia, y por el solo hecho de habersele impedido ejercer el mismo” (fs. 57 vto.). Y seguidamente, en forma coherente con la falta de acreditación del daño resarcible que alega, deja en claro que pretende el cobro de una multa: así a fojas 57 in fine se expresa “corresponde la aplicación ipso jure de la sanción pecuniaria que la norma impone”.¹⁶

El Ministro Dr. Chalar no comparte dicha interpretación, siendo que entiende que dicha norma ni establece una multa, ni deroga el régimen general de responsabilidad civil. El mismo considera que “la ilicitud de la conducta de FMC S.A. es flagrante. Sin embargo, ello no basta para su condena.”¹⁷

Es por ello que concluye, entonces, en la improcedencia de la condena resuelta en primera instancia, y en la necesidad de confirmar lo resuelto por la sentencia cuya casación se pretende, aunque por fundamentos diversos.

Por otra parte, y siguiendo con el criterio del referido Ministro, no se comparte la fundamentación de lo resuelto en la sentencia de la Sala civil, que funda la revocación de la condena de primera instancia, en el hecho de que FMC S.A. resolvió suspender el derecho de preferencia en la asamblea del día 7 de junio de 2007.

La Corte en este sentido destaca que, en primer lugar “no se cumplieron los requisitos de forma –garantías- que establece expresamente la Ley de Sociedades Comerciales a tal efecto (inclusión en el orden del día, convocatoria a tal efecto), tal como surge a fojas 148. Segundo, porque aun si da por bueno que el incumplimiento de los requisitos legales para la suspensión no tuviera efecto alguno –como hace la Sala civil de primer Turno-, del análisis del contenido de la asamblea surge inequívocamente que no hubo resolución alguna de suspender el derecho de preferencia. En efecto, ni siquiera se propuso suspender el derecho de preferencia. Por el contrario, se verificó un hecho que prueba claramente que no se decidió suspensión alguna, y es la expresa declaración de los accionistas mayoritarios acerca del no ejercicio de su derecho de preferencia. Los accionistas mayoritarios presentes, Sres. E. M. y J. C., expresan en la asamblea que “dejan constancia y comunican que no ejercerán su derecho de preferencia del Art. 326 de la Ley de Sociedades Comerciales, por lo que no participará[n] del aumento de capital y renuncia[n] en este acto a la acción prevista en el Art. 329 de la Ley de Sociedades Comerciales”. Esto es prueba inequívoca e incontrovertible de que no se suspendió el manido derecho de preferencia: o se lo había suspendido –en cuyo caso no se explica su renuncia-, o estaba vigente y se renunció a su ejercicio, como surge del acta.

15 *Ibidem*, numeral Quinto apartado Primero, párrafo cuarto.

16 *Ibidem*, numeral Quinto apartado Séptimo, párrafo tres a cuatro.

17 *Ibidem*, numeral Quinto apartado Séptimo, párrafo ocho.

Entonces claro, que no se decidió suspensión alguna. La afirmación del Tribunal de que se asiste a un supuesto de suspensión del derecho de preferencia supone una calificación de los hechos del caso incompatible con las actuaciones, tal como surge del texto del acta de la asamblea citado”.¹⁸

IV. CONCLUSIONES

Antes de pasar a analizar en concreto el caso planteado, entiendo necesario hacer una breve delimitación de algunos de los conceptos mencionados e institutos involucrados en los presentes fallos jurisprudenciales.

En este sentido, cabe analizar la capitalización de pasivos y sus consecuencias como punto de partida del presente conflicto, y el derecho de suscripción preferente y de acrecer que constituyen el punto medular de la presente cuestión.

a. Capitalización de pasivos.

Al decir de Calos López Rodríguez, “se denomina ‘capitalización de pasivos’ a la operación a través de la cual créditos contra la sociedad son aportados por sus acreedores, a cambio de una participación en el capital integrado de la sociedad. Para ello, debe aumentar el capital integrado. La capitalización de pasivos produce un aumento patrimonial real, pues desaparece un pasivo. La deuda desaparecerá del pasivo y, como contrapartida, se aumenta el rubro capital integrado. El acreedor renuncia a cobrar su crédito y la sociedad se ve liberada de pagarlo. Al acreedor se le entregan acciones. La sociedad, en lugar de un acreedor, ha de tener un nuevo accionista que correrá el riesgo de la actividad empresarial.”¹⁹

La posibilidad de capitalizar pasivos no se encuentra prevista en forma expresa en la LSC, sino que su mención surge en forma indirecta en el art. 330, al referirse a la posibilidad de que por asamblea extraordinaria se limite o suspenda el derecho de preferencia en la suscripción o adquisición de nuevas acciones y se trate de acciones “que se den en pago de obligaciones preexistentes”.

En cuanto a la terminología empleada por la ley de sociedades, el citado autor entiende que “el art. 330 incluye un giro técnicamente inadecuado: se refiere a acciones que se den en pago de obligaciones preexistentes. Es inadecuado porque las acciones no se dan en pago por la sociedad emisora. La sociedad emisora crea y emite acciones contra los aportes y estos suponen la renuncia al cobro de un crédito, determinando el aumento del patrimonio neto de la sociedad (Rodríguez Olivera y López Rodríguez, Manual de Derecho Comercial Uruguayo, v. 3, Derecho societario uruguayo, t. 3, Capital, participaciones sociales, socios [2007]).”²⁰

La decisión de capitalizar pasivos debe ser resuelta por Asamblea extraordinaria de accionistas, siendo que, si bien la Ley no lo regula expresamente, éste es el órgano competente para resolver los aumentos en el capital integrado.

Lo importante en este caso, y concierne especialmente al tema que me ocupa, es que necesariamente, cada vez que se resuelva un aumento real de capital integrado a través de la recepción de nuevos aportes y contra los cuales se emitan nuevas acciones, se debe posibilitar a los accionistas el ejercicio del derecho de preferencia.

b. Derecho de preferencia

El derecho de preferencia se encuentra expresamente consagrado en el artículo 326 de la LSC, y constituye uno de los derechos fundamentales del accionista (numeral 4 artículo 319), otorgando al mismo preferencia ante la suscripción o adquisición de nuevas acciones de su misma clase y el consecuente derecho de acrecer en proporción a las que ya posea, en todos los casos de emisión de nuevas acciones.

¹⁸ *Ibidem*, numeral Quinto apartado Octavo, párrafos ocho a once.

¹⁹ López Rodríguez, Carlos. “Capitalización de pasivos”. Publicado en “La Ley On line”; Cita: UY/DOC/85/2011.

²⁰ *Ibidem*.

Se exceptúan los casos de emisión de acciones por aumento nominal de capital, ya sea por capitalización de reservas, pago de dividendos o reajustes de valores de activo u otros fondos especiales, situaciones en las cuales la sociedad emite acciones liberadas que entrega a los accionistas en proporción a su participación social.

El modelo de nuestra Ley de Sociedades Comerciales es la ley argentina número 19.550, la cual en sus artículos 194²¹ y siguientes consagra una solución similar a la nuestra, con la salvedad de que otorga derecho de preferencia únicamente a los titulares de acciones ordinarias, siempre que el estatuto no contenga otra solución.

A nivel doctrinario, el derecho de preferencia se ha señalado como una “herramienta para el mantenimiento de la proporción que sus acciones representen en el capital integrado”²²; a la vez que “tiende a evitar que por efecto de un aumento de capital se vea afectada la proporción en que cada socio participa en el patrimonio de la sociedad y, consecuentemente, la medida de sus derechos económicos y políticos en la misma.”²³

Según afirma Jenifer Alfaro, “la disminución del porcentaje de participación puede implicar una pérdida de poder político y/o, en su caso, quedar inhabilitado para acceder a determinados mecanismos legales íntimamente asociados a derechos fundamentales del socio. En cuanto a lo primero, debemos considerar las mayorías requeridas por la LSC para la adopción de resoluciones asamblearias (desde la mayoría simple de presentes hasta mayorías especiales de capital). En cuanto a lo segundo y para citar algunos ejemplos, cabe recordar el mínimo del 20% de capital integrado para requerir al Órgano de Administración que convoque Asamblea a celebrarse en un plazo fijado por Ley (y en su defecto, incluso promover convocatoria judicial) o el mínimo del 10% de capital integrado para reclamar judicialmente la exhibición de libros (art. 339). Es de destacar que el primero de los mencionados constituye un instrumento clave para el derecho de voto, que se ejerce justamente en la Asamblea; en igual sentido, la exhibición de libros es un medio para el ejercicio de los derechos a la información y/o de fiscalización.”²⁴

Considerado dicho derecho como uno de los fundamentales dentro del elenco de los derechos del accionista, la propia LSC establece mecanismos de protección a su vulneración, como el inciso final del artículo 326, el cual determina que los derechos allí reconocidos “no podrán ser suprimidos o condicionados, salvo lo dispuesto en el artículo 330”, a la vez que el artículo 328 regula el ejercicio del referido derecho y el artículo 329 contiene la acción judicial a incoarse en casos de privación del ejercicio del mismo.

El procedimiento para otorgar dicho derecho está previsto en el artículo 328 LSC.

Pasaré a analizar el procedimiento en casos de aumento de capital, por ser la hipótesis planteada en el caso que me ocupa, que si bien no modifica el procedimiento en cuanto al ofrecimiento de las acciones, requiere de una etapa previa a la decisión de la asamblea.

La LCS en su artículo 287 prevé un mecanismo tendiente a proteger el valor de la participación del accionista que no desea o no puede acompañar el aumento de capital que se pretende, estableciendo que “no se podrá resolver el aumento de capital social (refiere a capital integrado) por nuevos aportes sin haber actualizado previamente los valores del activo y del pasivo según balance especial que se formulará al efecto, capitalizando el aumento patrimonial así como las reservas existentes, siempre que no tengan afectación especial” (cita). Por lo tanto, necesariamente previo a un aumento de capital integrado es necesario capitalizar todos los rubros patrimoniales.

21 Ley número 19.550 (Ley de Sociedades Argentina) Art. 194: Las acciones ordinarias, sean de voto simple o plural, otorgan a su titular el derecho preferente a la suscripción de nuevas acciones de la misma clase en proporción a las que posea, excepto en el caso del artículo 216, último párrafo; también otorgan derecho a acrecer en proporción a las acciones que haya suscripto en cada oportunidad. Cuando con la conformidad de las distintas clases de acciones expresadas en la forma establecida en el artículo 250, no se mantenga la proporcionalidad entre ellas, sus titulares se considerarán integrantes de una sola clase para el ejercicio del derecho de preferencia.

22 Alfaro Borges, Jenifer Valeria. “Suspensión o limitación del derecho de preferencia del accionista. Comentario de la Sentencia N° 51 del 16/5/2012 de segunda instancia, caso Paycueros c/ Frigorífico Carrasco y otros”. Publicado en: LJUTomo 147. Cita Online: UY/DOC/137/2013.

23 Algorta Morales, Paula. “Derecho de preferencia. Planteo de algunas incertidumbres en su aplicación práctica”. Publicado en: LJUTomo 139. Cita Online: UY/DOC/1038/2009.

24 Alfaro Borges, Jenifer Valeria. Op. Cit. Pág. 4.

Una vez resuelto por asamblea el aumento de capital, el artículo 328 de la LSC dispone que la sociedad debe realizar el ofrecimiento de las acciones mediante aviso durante tres días en el Diario Oficial y en otro diario.

“El procedimiento es el siguiente. Se hace un primer llamado a todos los accionistas. Si en un primer plazo, que la LSC fija y que es de 30 días siguientes al de la última publicación —plazo que el estatuto puede ampliar— no se han presentado todos los accionistas a suscribir acciones, el capital no integrado puede serlo por los accionistas interesados en acrecer. El derecho de acrecer se debe ejercer en los 30 días subsiguientes”²⁵.

Vencidos ambos plazos, las acciones no suscriptas podrán ofrecerse a terceros o al público.

La norma que establece el procedimiento descrito no resulta clara en relación a si el plazo que se otorga al accionista para ejercer el derecho que se le acuerda es para que comunique su voluntad de ejercicio del derecho, o si en el referido plazo es que debe realizar efectivamente la suscripción.

A este respecto Benítez Preve señala que vencido el plazo de suscripción, aunque la ley no lo consigna, parecería lógico que la sociedad deba informar a los accionistas que ejercieron el derecho de preferencia de que han quedado acciones sin suscribir, para que así éstos puedan ejercer el derecho de acrecer.²⁶ Señala que “el mecanismo legal parece de difícil aplicación sin el correctivo señalado, pues comenzaría a correr un nuevo plazo de treinta días cuando venció el primero, pero nada dice acerca de cómo se enterarán los suscriptores si pueden o no acrecer, por lo que la solución que propongo es más diáfana y no contraría el texto legal”.²⁷

En cuanto a las acciones judiciales previstas expresamente para el caso de violación del derecho de preferencia, “violación que puede producirse ya sea por una resolución asamblearia que no lo haya respetado, o porque los administradores hayan frustrado su ejercicio (no respetando la proporción del accionista para suscribir o acrecer, no manteniendo la proporcionalidad en la emisión de las diferentes clases de acciones, no considerando a todos los accionistas integrantes de una sola clase a efectos del ejercicio del derecho de preferencia, realizando la adjudicación de acciones a un tercero con prescindencia de los socios, no cumpliendo el requisito de publicidad en el Diario Oficial, etc.)”²⁸; la ley prevé en primer término la posibilidad de exigir la cancelación de las suscripciones realizadas, para el caso de que se emitan acciones y que algún accionista se vea privado de adquirir las acciones que le hubieran correspondido, y de acrecer en su caso.

“En la hipótesis de que la entrega de las acciones ya se hubiera realizado no procede la cancelación prevista, pero los perjudicados tendrán derecho a que la sociedad y el administrador o los directores culpables, solidariamente, les indemnicen los daños causados. En caso que exista comisión fiscal o síndicos, de acuerdo a lo expuesto en el artículo 407 de la LSC, éstos también podrán ser responsabilizados si con sus hechos u omisiones causan el daño analizado.”²⁹

Delimitados en forma sucinta los conceptos a mi criterio más involucrados en el presente caso jurisprudencial, pasaré a comentar las sentencias antes señaladas.

Respecto a la SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA, entiendo que la Sala parte de una errónea interpretación fáctica, lo que conlleva, - a mi entender en forma equívoca- a la siguiente consideración: que “*devienen inaplicables* (refiere a los artículos 328 y 329 LSC) *en tanto la asamblea extraordinaria de accionistas del 7/6/07 decidió capitalizar una obligación preexistente (art. 330) y con ello, vino a suspender el ejercicio del derecho de preferencia y acrecimiento*”.

Si bien la LSC prevé que en casos particulares y cuando el interés de la sociedad lo exija —como puede ser la hipótesis de capitalización de pasivos— la asamblea pueda resolver limitar o suspender el derecho de preferencia (art. 330), quien formule la moción de limitarlo o suspenderlo, ha de justificar la absoluta necesidad de la capitalización para sanear a la sociedad y para el desarrollo de los negocios sociales.

25 López Rodríguez, Carlos. Op. Cit. Pág. 2.

26 Algorta Morales, Paula. Op. Cit. Pág. 9.

27 Benítez Preve, Carlos en Análisis Exegético de la Ley 16.060 - Sociedades Comerciales, Tomo II, 1º edición, junio 1993, FCU, p. 80.

28 Algorta Morales, Paula. Op. Cit. Pág. 9.

29 *Ibidem*. Pág. 10.

Nuestra ley establece expresamente en el artículo 330 que: “por asamblea extraordinaria se podrá resolver en casos particulares y cuando el interés de la sociedad lo exija, la limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción o adquisición de nuevas acciones, cuando sus consideraciones se incluya en el orden del día y se trate de acciones a integrarse con aportes en especie o que se den en pago de obligaciones preexistente, así como de un aporte en dinero que por su importancia sea absolutamente necesario para el desarrollo de los negocios sociales o el saneamiento de la sociedad. Los accionistas disidente con derecho de preferencia, podrán receder”.

“A estos efectos, la ley dispone que la resolución debe ser tomada en asamblea extraordinaria y su consideración deberá incluirse en el orden del día. Como sostiene Lapique es importante para el accionista conocer de antemano el tratamiento de este punto, a los efectos de prepararse adecuadamente. La inclusión de este punto debería ser expresa y específica en un punto determinado del temario para no dar lugar a dudas de su inclusión. En caso contrario se podría proceder a la impugnación de la asamblea que resuelve el punto por no cumplirse en forma adecuada el extremo previsto por la norma”³⁰.

En el caso concreto, no se configuró dicha hipótesis de suspensión, sino que por el contrario, los accionistas mayoritarios, presentes en la asamblea, procedieron a la RENUNCIA de su derecho de suscripción preferente, y en esos términos lo asentaron en el acta de asamblea. De la propia sentencia en análisis surge que **“a continuación se dejó constancia de que los accionistas presentes renunciaban a su derecho de preferencia y a la eventual acción judicial fundada en ese derecho”**³¹.

La renuncia por, parte del accionista, de su derecho, puede ser expresa o tácita.

“Es expresa cuando el accionista en la asamblea extraordinaria donde se decide el aumento de capital o la emisión de debentures convertibles en acciones o partes beneficiarias convertibles en acciones expresa que en relación a su participación no hará uso de su derecho de preferencia. Es tácita cuando el accionista deja vencer el plazo que otorga la ley para ejercer dicho derecho y no se presenta a suscribir la nueva emisión.

También puede existir una renuncia expresa de uno, algunos o todos los accionistas, cuando reunidos en asamblea manifiesten su voluntad de permitir que un tercero realice la integración, en proporción a la participación de el o los accionistas renunciantes. Esto es una situación frecuente en casos en que el tercero sea un acreedor de la sociedad por obligaciones preexistentes y acepta capitalizar su crédito en la sociedad cambiando su rol de acreedor por el de accionista.”³²

En oportunidad de comentar la presente sentencia la Dra. Jenifer Alfaro, -opinión a la que adhiero- expresó lo siguiente: “En los hechos, la sociedad con el voto de sus accionistas mayoritarios no decidió suspender el derecho de preferencia, sino cancelar un pasivo con acciones, sumado a la renuncia de algunos de sus accionistas al referido derecho. Para esto último, que no tiene porque constar en actas, no se requiere justificación alguna. De acuerdo con la posición del Tribunal, la accionista minoritaria convalidó (al no impugnarla) una resolución asamblearia de suspensión del derecho de preferencia que no surge explicitada en ningún acta. Podemos por tanto cuestionarnos: ¿Debió el minoritario impugnar una resolución de capitalización por la eventualidad de que se interprete en el sentido de estar acompañada de la suspensión del derecho de preferencia?

No es posible desconocer que no solamente no existe una resolución expresa que suspende el derecho de preferencia, sino que además existe expresa mención a su renuncia, sin nada decir sobre la renuncia del minoritario. Entonces: ¿por qué renuncian los mayoritarios si su voluntad en realidad fue votar la suspensión de tal derecho para todos?”³³

Resulta claro, que lo que en la realidad ocurrió fue justamente la renuncia por parte de los mayoritarios de su derecho de preferencia, siendo que además no debe perderse de vista que la socia que se hace ingresar a la sociedad en virtud de ser acreedora de FMC S.A. está integrada por los señores J. C. y E. M, a su vez, accionistas y directores de FMC S.A..

30 Algorta Morales, Paula. Op. Cit. Pág. 19.

31 Sentencia número 51 del 16 de mayo de 2012. TAC 1º Turno. Considerando Sexto, párrafo cuarto.

32 Algorta Morales, Paula. Op. Cit. Pág. 6.

33 Alfaro Borges, Jenifer Valeria. Op. Cit. Pág. 1.

Y en este punto adhiero también a los que considera la Dra. Alfaro en cuanto a que “estamos ante una mayoría que votó en contra de su deber de abstención: tenía especial interés en la capitalización objeto de resolución”³⁴.

Entiendo que en este caso podríamos estar ante una hipótesis de conflicto de intereses tal como lo prevé el artículo 325 LSC.

Si bien el citado artículo refiere a “accionistas o sus representantes”, y en el presente caso, DIS SL, no es accionista al momento de la aprobación de la capitalización del pasivo en asamblea, la línea divisoria resulta ser extremadamente fina siendo que como ya he dicho los únicos accionistas de dicha sociedad, lo son de aquella que hoy decide la capitalización.

Continuando con lo que respecta al fallo del Tribunal, siendo que a mi entender no operó la suspensión del derecho de preferencia sino que lo que se verificó fue la renuncia expresa de los accionistas presentes en la asamblea, va de suyo que debería haberse respetado el derecho de preferencia de la minoritaria, siguiendo el procedimiento de ofrecimiento previsto en el artículo 328 LSC antes explicitado.

No obstante, y a pesar de no ser esta la casuística del presente caso, reconozco que en casos de capitalización de pasivos y en relación a lo relacionado al tratar el tema aunque en forma breve, puede resultar muy conveniente y hasta facilitar la operación, que se resuelva por parte de los accionistas la suspensión o limitación del derecho de preferencia siempre que se den los supuestos previstos por la norma.

Por lo tanto, FMC S.A. omitió realizar las publicaciones conteniendo el ofrecimiento de las nuevas acciones emitidas, violando así la disposición legal.

“La omisión de las publicaciones constituye sin dudas una violación al derecho de preferencia. La ley es clara en este sentido, se exige una publicación especial por tres días en el Diario Oficial y en otro diario.”³⁵

La falta de publicación trae aparejado también el problema de determinar a partir de qué momento comenzamos a computar el plazo de 6 meses previsto en el artículo 330 LSC para promover la acción judicial, siendo que la misma establece que “deberán ser promovidas en el plazo de 6 meses a partir del vencimiento del plazo de suscripción o del momento en que puedan adquirirse las acciones.”

“Es un principio general de derecho que aquellos plazos previstos en la ley que requieren de notificaciones o publicaciones no comienzan a correr para el interesado hasta tanto no se lo notifique o se cumplan los requisitos de publicidad exigidos por la norma correspondiente.

En relación al comienzo del cómputo de plazos donde se exige publicaciones, nuestra jurisprudencia ha señalado: “En resumen: si la ley exige la publicación en dos periódicos hasta que no se completaron ambas no se puede considerar que empezó a correr el plazo, siendo el principio general que el plazo debe computarse a partir del primer día hábil siguiente a la notificación. En consecuencia la tipología legal en el caso concreto exige que se efectúen dos publicaciones; una vez efectuada la segunda el emplazamiento se cuenta desde el día hábil siguiente a la última publicación cronológicamente considerada”(1).

Sin perjuicio de ello, y en aplicación de otro de los principios generales en tema de notificaciones, entendemos que si el accionista, aun cuando no se hayan realizado las publicaciones ordenadas por el artículo 328, tomó conocimiento por otros medios de la emisión y enajenación o entrega de nuevas acciones en violación de su derecho de preferencia, el plazo de seis meses se debería de computar desde que el accionista efectivamente conoció el mismo.

En este sentido, nuestra jurisprudencia ha expresado con carácter general que: “Aun cuando el acto impugnado no se hubiere notificado personalmente o publicado en el Diario Oficial, si el mismo pudo ser fehacientemente conocido por el interesado, ello implica que el momento en que así se efectivizó, constituye el punto de partida para ejercer el derecho que le asiste de recurrir, en caso de lesión de sus derechos” (2).

34 *Ibidem*. Pág. 7.

35 Algorta Morales, Paula. Op. Cit. Pág.13.

En virtud de lo expuesto, a nuestro juicio, ante la falta de requisito de publicidad, podría sostenerse que el plazo de seis meses comienza a correr desde que el accionista perjudicado conoce efectivamente la emisión de las nuevas acciones. Será una cuestión de prueba para la sociedad y administradores y directores culpables demostrar, en caso de falta de publicidad, a partir de qué fecha el accionista conoció los hechos cuestionados.³⁶

De acuerdo a los que surge de la sentencia que se analiza, en el año 2008 FMC S.A. inicia tratativas con P S.A. para adquirir su participación y es con fecha 28/08/2008 que la última reclama la indemnización sosteniendo la violación de su derecho de preferencia. Tomando esa como fecha en la cual la actora toma conocimiento de la violación, siendo que promueve la demanda el 21 de noviembre del referido año, podemos decir que se encuentra dentro del plazo (todo lo cual relativizó en la medida de que consideró como fecha de toma de conocimiento la que surge de la sentencia pudiendo diferir de los hechos probados en el expediente). Lo que sí cabe destacar es que la actora no pudo de manera alguna tomar conocimiento de la suspensión del derecho de preferencia – en el entendido que plantea el Tribunal- siendo que el mismo no fue así considerado por la demandada al momento de considerar los ítem del orden del día de la asamblea y consecuentemente no resultó contenido en la convocatoria.

En cuanto a lo sostenido por la Sala en relación a que “la impugnación (refiere a la asamblea) es la vía para la defensa de los derechos del accionista que se sienta perjudicado por una integración de capital”, no la comparto, ya que considero se están excluyendo los mecanismos que la Ley expresamente prevé para el caso de violación del derecho de preferencia, como por ejemplo el reclamo indemnizatorio, o la cancelación de las suscripciones realizadas. Además, la asamblea en sí misma no presenta objeciones, en cuanto a que se realizó correctamente la convocatoria, se cumplió previamente con el artículo 287 LSC, se aprobó la capitalización por las mayorías requeridas y en la misma los accionistas mayoritarios renunciaron al ejercicio de su derecho de preferencia, circunstancias todas llevadas a cabo conforme a Derecho.

Debe tenerse en cuenta además, que la actora minoritaria, de haber asistido a la asamblea, no hubiera podido oponerse a la capitalización, siendo que cuenta con un 5% de participación social.

En cuanto a la SENTENCIA DE CASACIÓN, vale hacer los siguientes comentarios.

En primer lugar que, si bien desestima el recurso y confirma la sentencia de segunda instancia, los fundamentos a los que refiere son bien diferentes, centrándose el fallo de la Corte en la circunstancia de falta de acreditación del daño causado.

En doctrina varios autores han abogado por la naturaleza objetiva de la responsabilidad consagrada en el artículo 329 LSC. Así por ejemplo, Diego Velasco sostuvo que “la configuración del daño es objetiva, en la medida en que no es necesario probar más que el objetivo incumplimiento de las formalidades legales que garantizan el ejercicio del derecho, para poder afirmar que hubo lesión del derecho de preferencia (daño), y que nació consecuentemente la obligación de reparar (responsabilidad). Aunque ello será suficiente para responsabilizar a la sociedad, pero no a los directores (pues el art. 329 habla de “directores culpables”).

El fundamento de esta objetividad está en el ya señalado carácter contractual de esta responsabilidad: la especificidad de la obligación incumplida, mediante la cual se lesiona el correspondiente derecho, y la específica determinación de los sujetos obligados ante tal derecho.³⁷

En el mismo sentido agrega que “como se ha violado un deber específico, y no el genérico deber de no dañar, no es necesario probar un daño particular (en el que se concreta el incumplimiento de tal deber genérico) y su nexa causal con el actuar ilícito de quien, por haber obrado con dolo, culpa o negligencia, debe repararlo (responsabilidad extracontractual). La misma violación del deber específico genera la obligación de repararlo (responsabilidad contractual). El daño está constituido por la privación del derecho (injuria, daño,

36 *Ibidem*. Pág. 13. Citas jurisprudenciales: (1) Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno, en sentencia 222/02 de fecha 11/09/02, en una hipótesis diferente a la analizada pero en donde la ley exige que se cumplan con publicaciones para el cómputo de plazos. (2) TCA sentencia No. 976 de fecha 18/11/91 en RUDP, Tomo 4/2000, c. 97, p. 584.

37 Velasco Suárez, Diego. “Naturaleza de la indemnización por privación del derecho de preferencia”. Publicado en “La ley On line”, Cita: UY/DOC/59/2009.

lesión) de preferencia; privación realizada mediante el incumplimiento de quien, frente a ese derecho, tenía el deber específico de asegurar su ejercicio cumpliendo con las formalidades previstas por el art. 328 de la Ley.

La carga de la prueba del damnificado (del accionista privado de su derecho de preferencia) consiste, entonces, en poner de manifiesto que no se cumplieron los pasos que debían darse para asegurar el ejercicio del derecho de preferencia. Y, por ser un hecho negativo, la carga se invierte, y es la sociedad y sus directores quienes deben probar: 1°) que antes de entregar -a un tercero o a otro accionista- la parte del total de las acciones emitidas correspondiente al accionista agraviado, le hicieron un formal ofrecimiento de las mismas mediante las correspondientes publicaciones; 2°) que éste, dentro de los plazos legales, renunció expresamente, o 3°) que transcurrieron los plazos legales antes de hacer entrega de esas acciones. Recién en este caso, el actor deberá probar que sí manifestó su voluntad de adquirir esas acciones antes del vencimiento del plazo.³⁸

En la misma línea Paula Algorta señala que “esta acción es una acción objetiva y tarifada en relación a su mínimo, por lo cual, una vez comprobada la violación del derecho, la sociedad y los administradores o directores culpables deberán abonar al accionista perjudicado por lo menos el triple del valor por el cual se emitan las acciones.”³⁹

En mi opinión, cabe hacer una diferenciación basada en el tenor literal de la norma en cuestión.

El artículo 329 refiere a que “*todos los que tengan derecho de preferencia, a quienes la sociedad les prive de esos derechos, podrán exigir judicialmente que ésta cancele las suscripciones que les hubiera correspondido*”.

En esta primera parte entiendo se establece una hipótesis de **responsabilidad objetiva**, siendo que como requisitos para que opere la solicitud de cancelación la ley establece la titularidad del derecho de preferencia y la privación respecto del ejercicio del mismo. Por lo que concluyo que, frente al caso de que aún no se haya cumplido con la entrega o enajenación de acciones, o sea, estando frente a la posibilidad de cancelación de las suscripciones, bastaría con probar que se es accionista y por consiguiente titular del derecho de preferencia y que el mismo resultó violado.

A continuación la norma establece que “*Tratándose de enajenación o entrega de acciones ya cumplidas, no podrá procederse a la cancelación prevista; pero los perjudicados tendrán derecho a que la sociedad y el administrador o los directores culpables, solidariamente, les indemnicen los daños causados*”.

En este caso considero que se está ante una hipótesis de **responsabilidad subjetiva**, en la medida en que la norma habla de “perjudicados”, lo que deja entrever la idea de sufrimiento de un perjuicio; en segundo lugar hace referencia a la culpabilidad de los administradores y directores, y en último lugar hace expresa referencia al daño causado.

Tanto el perjuicio como el daño son elementos que por su subjetividad requieren (de) ser probados, no bastando en este sentido su simple alegación en juicio.

Quien alega haber sufrido un daño o un perjuicio como consecuencia de la violación de un derecho por un tercero debe necesariamente probarlo y acreditar no solo su existencia sino el eventual quantum del mismo.

El hecho de que el artículo determine una indemnización mínima a ser abonada, no implica que quien alegue la privación del ejercicio de su derecho y como consecuencia el acaecimiento de un daño no deba acreditarlo judicialmente. Además, la norma hace referencia a los administradores y directores “culpables”.

Por lo tanto, para acreditar la culpabilidad en el actuar de un sujeto, debo probar y acreditar que fue su actuación la que me generó el daño y por consiguiente probar el daño que me causó.

En resumen, frente a la hipótesis de entrega o enajenación de las acciones y por consiguiente el reclamo de la indemnización, considero se debe acreditar, no solo los extremos solicitados en la primera hipótesis,

³⁸ *Ibidem*. Pág. 6.

³⁹ Algorta Morales, Paula. *Op. Cit.* Pág.10.

que configurarían la legitimación activa, sino también el perjuicio ocasionado por una decisión tomada por determinado administrador o director y por la sociedad, y el daño que tal decisión ocasionó.

Entiendo a su vez, que para el caso de que haya caducado para el accionista el plazo de 6 meses previsto para el ejercicio de la acción, dicho accionista que vio vulnerado su derecho de preferencia, podrá recurrir a otras vías procesales para resarcirse de los daños y perjuicios ocasionados. Ya no estaremos ante la acción específica prevista en el artículo 329 de la LSC, sino que se deberá recurrir a los principios generales en materia de responsabilidad.

La Corte, contrariamente a las posturas doctrinarias antes señaladas, puntualizó que “el accionista que pretenda ser resarcido por haberse violado su derecho de preferencia, deberá acreditar entre otros elementos configurativos de la responsabilidad civil, la verificación de un daño resarcible” (cita).