

Sociedad de familia. Aumento de capital y herederos forzosos. Nulidades (absolutas) y (relativas). Legitimación activa. Análisis del caso *Telesistemas*.



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director académico

Sociedad de familia. Aumento de capital y herederos forzosos. Nulidades (absolutas) y (relativas). Legitimación activa. Análisis del caso *Telesistemas*.

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

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

Abstract.

La sala C dictó veredicto en el caso *Telesistemas*. Un precedente sumamente interesante que no puede pasar inadvertido por quienes deseen saber más sobre nulidades societarias, en especial cuando hablamos de un aumento de capital.

Se trata de un caso que aborda cuestiones sumamente complejas, entre ellas, la legitimidad activa frente al régimen de nulidades, en particular las nulidades (relativas) y las nulidades (absolutas).

Se trata de un caso difícil por los hechos involucrados. Un caso que encierra demasiadas complejidades y que involucra la transferencia de acciones de un socio en medio de una frustrada operación de M&A. Se trata de un caso que encierra cuestiones familiares, matrimoniales y societarias. Un caso donde se mezcla lo afectivo y lo efectivo. Un cóctel difícil de digerir cuando las personas involucradas en la operación comercial son el esposo fallecido titular de las acciones transferidas (RD Llanos), la esposa heredera forzosa que presta el asentimiento conyugal para operar la transferencia (M. Onoratti), el padre de la esposa y suegro de RD Llanos (R. Onoratti) que recibe las acciones en comisión y a favor de un amigo de los restantes accionistas (M. Arditti), y el otorgamiento de un poder especial de disposición y administración sobre las acciones a nombre de M. Onoratti.

Esta operación de transferencia de acciones se llevó a cabo entre los días 16 y el 28 de diciembre de 1994 (*ver gráfico más abajo*). Todo esto es el caso *Telesistemas* y sobre esta trama o secuencia de hechos el Tribunal debió dictar sentencia.

Luego de analizado el caso, en particular las fechas y el poder otorgado a favor de la cónyuge del accionista fallecido) queda en el paladar una sensación amarga. No sabemos si se hizo finalmente justicia. La sala debió ceñirse a los hechos invocados por M. Onoratti (esposa del accionista fallecido) y a las probanzas del caso. El Tribunal falló conforme a estos dos elementos, no tenía otra salida.

La cuestión de fondo es un aumento de capital llevado a cabo en *Telesistemas* (mese más tarde de ocurrida la transferencia) mediante la capitalización de ciertos aportes irrevocables. Esta capitalización derivó en la fuerte dilución de la participación accionaria de RD Llanos en el capital social pasando del 20% a un insignificante 1,6%. Sin duda este negocio jurídico societario terminó provocando un serio menoscabo patrimonial al sucesorio. M. Onoratti intentó atacar la validez de este aumento (en defensa de sus derechos patrimoniales y el de sus hijos) con el argumento de que aquel incremento de capital violó normas de orden público y derechos inderogables de los accionistas (herederos de RD Llanos). Con esta convicción de argumento la nulidad debía tildarse de absoluta y por ende imprescriptible. Para ello invocó los artículos 1038, 1047 y 1058 del C.c. El aumento de capital fue aprobado el 5 de septiembre de 1995. La demanda de impugnación se promovió el 4 de febrero de 2000.

La impugnación la promovió M. Onoratti en su calidad de heredera forzosa de RD Llanos. Sin duda éste es el nudo gordiano del caso que estamos tratando. *Nulidad absoluta v nulidad relativa. Caducidad v imprescriptibilidad. Legitimidad v Falta de legitimidad*. El debate es la confrontación de estos conceptos.

Ambos Tribunales fallaron contra los intereses de la sucesión, o sea contra M. Onoratti, pero por diferentes fundamentos. El Tribunal *a quo* entendió que no se había logrado probar la violación al orden público para hacer lugar a la nulidad absoluta. Sin embargo le reconoció a M. Onoratti la calidad de parte y por ende legitimación para obrar, pues consideró que aquella tenía interés suficiente - como requisito necesario- para promover la nulidad absoluta (*urg.*, art. 1047 C.c.).

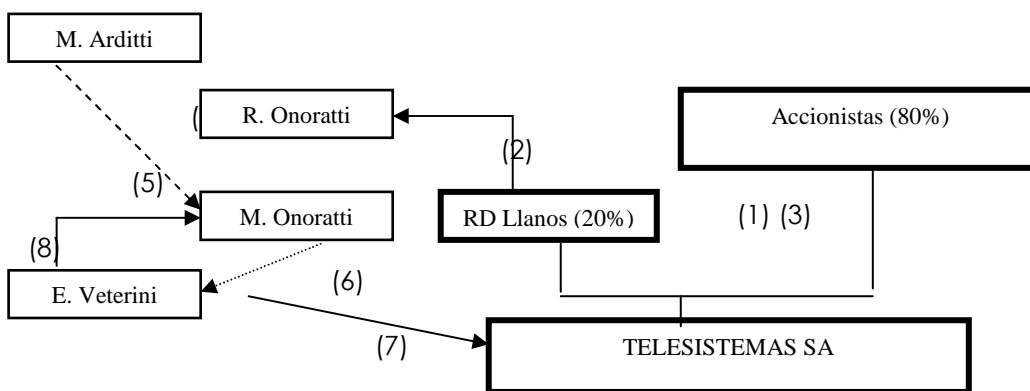
El Tribunal *ad quem* confirmó el fallo *a quo*, pero por otros fundamentos, en especial discrepó en cuanto a la legitimación activa. Para la sala, M. Onoratti carecía de legitimación para demandar. Aquella no había sido accionista al momento de llevarse a cabo la asamblea que aprobó el aumento de capital y además, carecía de los títulos accionarios para poder ejercer los derechos propios del socio. Sobre esto profundizaremos más abajo.

Esperamos que el caso sea de utilidad pues presenta varias aristas sumamente atractivas para la discusión y el debate sobre nulidades assemblearias, en especial en sociedades de familia. A continuación explicamos el caso:

I. El caso Telesistemas (Sala C. 14 de marzo de 2008)

A. Los hechos:

A continuación una breve descripción gráfica de los hechos con sus respectivas notas aclaratorias para una mejor comprensión.



- 1) Titular de 240 acciones = 20%.
- 2) 16.11.1994: Transfiere acciones al suegro quien las adquiere "en comisión". María Onoratti presta asentimiento conyugal.
- 3) 19.11.1994: Fallece RD Llanos.
- 4) 20.11.1994: Onoratti deja constancia de que adquiere las acciones con dinero y a favor de Marcos Arditti (amigo de los Accionistas).
- 5) 28.12.1994: Marcos Arditti otorga PODER DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN a favor de María Onoratti.
- 6) 08.1996: María Onoratti vende las acciones a Eduardo Veterin.
- 7) El directorio de Telesistemas SA no anota la transferencia en el libro.
- 8) 23.09.99: Veterin le vende las acciones a María Onoratti.

**05.09.95: Aumento de capital = \$12.000 a \$150.000. Capitalización de aportes irrevocables
Licuación de la participación del 20% a 1,6%.**

EL CONTEXTO DENTRO DEL CUAL SE REALIZÓ LA TRANSFERENCIA:

- a. Agilizar cierta operación con SA La Nación quien pretendía adquirir una importante parte del paquete accionario de Telesistemas. La operación se vería obstaculizada si Llanos fallecía siendo accionista. Esa transferencia siempre fue con la intención de que las acciones "*quedaran a favor de los herederos de Llanos*". "*Jamás fue intención de nadie que las acciones dejaran de ser propiedad de los herederos de don R. Llanos*". Esta fue la razón por la cual Arditti confirió poder a su favor inmediatamente después de realizadas la transferencia con el siguiente alcance: "*en su nombre y representación y en relación a las acciones que tienen y le corresponden en la sociedad Telesistemas SA, pueda efectuar todo tipo de acto de disposición y administración y ejercer todo tipo de derechos que les corresponde a esas acciones, con capacidad para ceder y transferir a cualquier título los derechos y acciones de las mismas ..*".
- b. L operación con SA La Nación nunca se concretó ni tampoco le fue reintegrada la participación accionaria que había cedido Llanos a Arditi.
- c. Comenzó a percibir actitudes obstruccionistas de los accionistas, quienes escatimaban información y le impedían su participación en la sociedad.

d. Telesistemas dificultó la inscripción de Veterini en el "Libro de Accionistas".

B. Reclamo de M. Onoratti: Nulidad absoluta del aumento de capital. Funda su reclamo en los artículos 1038, 1047 y 1058 del C.c. M. Onoratti entiende que es legitimada activa por ser: (i) cónyuge supérstite del accionista y heredera forzosa junto con sus hijos, (ii) tercera interesada en los términos del art. 1047 C.c. y (iii) titular de 240 acciones. Promueve demanda el 4 de febrero de 2000.

B. Defensa ensayada por Telesistemas: Vencieron los 3 meses de caducidad para promover la demanda de nulidad del aumento de capital. No estamos ante un fraude ni un abuso ni violación del orden público societario. Se encuentra probado que los aportes estaban debidamente acreditados y anotados en el libro diario y en los balances de la sociedad. Los aportes fueron realizados por los socios para absorber pérdidas. M. Onoratti carece de legitimación activa por no ser accionista de la sociedad.

1. Instancia: No hizo lugar a la demanda.

a. Nulidad absoluta del aumento de capital: No fue probado por M. Onoratti que el aumento de capital haya sido instrumentado con fraude o en violación de la ley o el orden público. No fue acreditada la presunta operación con SA La Nación.

b. Excepción de falta de legitimación activa: M. Onoratti exhibía interés suficiente, aún cuando era dudosa la calidad de accionista.

c. Caducidad de la acción: Me enrolo en la tesis de quienes postulan que la impugnación de la asamblea puede promoverse más allá del plazo de caducidad de 3 meses cuando el ilícito societario consista en una violación al régimen societario o al orden público (art. 1047 C.c.)

II. Criterio de la Sala.

1. La falta de legitimación activa: Existe falta de legitimación para obrar, cuando la parte no es la persona esencialmente habilitada por la ley para asumir la calidad de actor o demandado, con referencia a la concreta materia sobre la cual versa el proceso. En este caso la impugnación de una asamblea de accionistas como negocio jurídico colegiado de naturaleza societaria.

2. Legitimación y caducidad. Lo decidido por el juez anterior: 1) *Telesistemas* citó el artículo 251 LSC para fundar la defensa de falta de legitimación activa así como para sustentar la procedencia de la declaración de la caducidad. 2) *María Onoratti* propugnó su pretensión con base en el régimen de nulidades absolutas del Código Civil. 3) *El juez* consideró que aún cuando fuera dudosa la legitimación de la actora en los términos del artículo 251 LSC, hallándose acusada la nulidad de una asamblea societaria en los términos de los artículos 1038, 1047 Y 1058 correspondía reconocerle la calidad de accionante a M. Onoratti, puesto que exhibía interés suficiente sobre el objeto del litigio.

3. Legitimación activa (societaria) frente al art. 1047 C.c.: Aún cuando es cierto que el art. 1047 C.c. extiende la legitimación activa para solicitar la declaración de la nulidad más allá del plazo de caducidad del artículo 251 de la LSC; no es menos cierto que para ostentar la calidad de legítima reclamante la actora debiera exhibir, cuanto menos, un interés que la autorice a ello. Adoptar un temperamento contrario habilitaría a cualquier tercero, ajeno a la sociedad y a la decisión asumida, a inmiscuirse en el funcionamiento social mediante la impugnación de las diversas resoluciones sociales.

4. Nulidad absoluta. carga de la prueba: Es carga de M. Onoratti traer al expediente pruebas que acrediten que el aumento de capital es una decisión en violación al interés público. No hay prueba que acredite un aumento de capital fraudulento. Los aportes capitalizados se encuentran registrados en los estados contables de Telesistemas y no hay cuestionamiento sobre los aportes irrevocables realizados. *No hay vicio encuadrable dentro de las nulidades absolutas.*

5. El aumento de capital y la lesión de un interés particular: La propia M. Onoratti manifestó que el aumento del capital "*sólo tuvo en mira perjudicar mis intereses*". Esto revela la persecución de un interés particular y no la defensa del interés general de la comunidad exigido por el artículo 1047 C.c. para articular la acción de nulidad absoluta. No se advierte cuál puede ser el interés común conculcado por un aumento de capital.

6. Posesión del título acción y legitimación: La acción es un título "*de exhibición*" que faculta a su tenedor a ejercitar derechos inherentes a la calidad de socio, por lo que la prueba natural de la calidad de accionista surge de la posesión del título y, de no contarse con él, puede ser acreditado por otros medios de prueba.

7. Calidad de accionista a la fecha de la asamblea impugnada: Para acreditar la dudosa calidad de accionista sólo se cuenta con el instrumento mediante el cual Veterini le enajenó su participación accionaria. Esa transferencia no pudo habilitar a reclamar puesto que se encuentra vedada la posibilidad de que el nuevo accionista pueda atacar resoluciones viciadas adoptadas con anterioridad a su ingreso en la sociedad.

8. Impugnación, prescripción y seguridad jurídica: M. Onoratti, asumió la calidad de accionista transcurridos más de 4 años desde la celebración de la asamblea. La declaración de la nulidad de una decisión asumida unánimemente hacía más de cuatro años implicaría conculcar principios fundamentales como el de la seguridad jurídica, el de la conservación de la empresa.

III. Nuestro comentario.

A. Las nulidades absolutas en el ámbito societario.

El caso Telesistemas sienta una sana doctrina: es carga del que invoca la nulidad absoluta probar y acreditar que el negocio jurídico societario es lesivo del orden público, la moral y las buenas costumbres.

Si el actor promueve demanda de nulidad absoluta invocando la lesión a un interés exclusivamente particular – como es la dilución en la participación en el capital social como consecuencia directa e inevitable de quien no ejerce el derecho de preferencia – no estamos ante una nulidad absoluta. La defensa exclusiva de aquel interés particular se opone, necesariamente, a la defensa del interés general o público involucrado en el régimen de las nulidades absolutas. En esto el Tribunal halló una fuerte contradicción.

B. Aumento de capital y orden público involucrado.

Sin duda esta es una de las enseñanzas más importantes de este precedente. La sala C fija un criterio trascendente, en especial cuando hablamos de aumentos de capital. Aquí el Tribunal sentó la doctrina de que la dilución de la participación como consecuencia del no ejercicio del derecho de preferencia resultado de un aumento de capital no puede llevar a una nulidad absoluta cuando el derecho presuntamente lesionado o perjudicado es de estricto orden patrimonial y privado como es la participación en el capital social de una empresa.

Este criterio no es aislado y se viene repitiendo – afortunadamente – en reiterados precedentes del foro mercantil.

En consecuencia las nulidades absolutas quedan reservadas a aquellos casos donde el negocio jurídico lesione la mora, el orden público o la moral pero no funciona cuando el interés lesionado es de estricto orden patrimonial. El Tribunal expresa: *no se advierte cuál puede ser el interés común conculcado por un aumento de capital*.

C. Negocio fraudulento: ¿nulidad absoluta?

Está claro que los negocios fraudulentos ciertamente realizados con la intención de causar daño a terceros están sujetos al régimen legal de prescripción liberatoria. El aumento de capital realizado con dolo, fraude, simulación, y hasta incluso a escondidas está sujeto a prescripción. Estamos siempre hablando de actos nulos, pero de nulidad relativa. En ningún aumento de capital puede estar involucrado el orden público y menos aún el régimen societario. Estamos parados – simplemente – ante un delito de tipo societario y por ende prescriptible.

Varios precedentes del foro han reconocido que los aumentos de capital fraudulentos son negocios nulorelativos y por ende, sujetos a prescripción. El tema es que el exiguo plazo de caducidad del artículo 251 de la LSC no alcanza para satisfacer un mínimo sentido de justicia. Ya en el precedente *Albrecht v Cacique Camping* la sala D había entendido que estos ilícitos societarios debían someterse al plazo de prescripción del código civil, en especial al artículo 4023 de dicho cuerpo. Similar criterio siguieron otros precedentes: *Khal v Degas* y *Block v Frigoríficos Block*.

Estos precedentes no están enseñando que los negocios societarios dolosos y fraudulentos escapan al régimen de caducidad de la ley de sociedades pero quedan atrapados por el régimen de prescripción del código de Vélez. Por lo tanto los aumentos de capital tramposos, simulados y fraudulentos realizados por sorpresa y a espaldas del accionista minoritario no es un negocio nulo absoluto sino nulo relativo con la salvedad que dicha nulidad no está sujeta al plazo de caducidad sino al de prescripción. El debate hoy día es si debemos aplicar los plazos de prescripción del código de Vélez o el de Acevedo. Nosotros nos inclinamos decididamente por éste último dada la indiscutida naturaleza mercantil del negocio ilícito.

D. Violación al régimen societario y derechos inderogables del socio: ¿nulidad absoluta?

Muchos autores adhieren a la tesis del profesor Halperín quien sostuvo (hace algo más de 30 años), que la violación al régimen societario y la lesión a derechos inderogables del socio, devenga una nulidad absoluta. Este criterio debe ser puesto en caja pues precisar el alcance del concepto *régimen societario* y *derechos inderogables del socio* resulta vital para poner un límite razonable a las nulidades absolutas dentro del régimen societario. No podemos perder de vista a la hora de analizar estos dos conceptos que la opinión del profesor Halperín se enmarca en un contexto profundamente germano - institucionalista de la sociedad mercantil donde la creación de persona jurídica era una institución de orden público. Desde este lugar debe ser reinterpretado y puesto en caja ambos conceptos. Ni los derechos del socio son inderogables ni el régimen societario es un régimen de orden público.

a. Derechos inderogables.

Los derechos de los socios son absolutamente derogables por ley contractual (autonomía de la voluntad), por confirmación o por omisión. La ley de sociedades es un cuerpo normativo que regula en esencia derechos y obligaciones de los accionistas fijando un piso de regulación en protección de los derechos de las minorías (*urg.*, política de dividendos, formación de reservas, honorarios de directores, voto acumulativo, quórum y mayorías, fusión y escisión, receso, prima, derecho de preferencia, reducción de capital, absorción de pérdidas, disolución, etc) son todos dispositivos normativos que tienen por objeto tutelar derechos derogables. Esta derogación puede ser consensuada o no. En caso de no prestarse el consentimiento la norma sale en defensa de esos intereses pudiendo el accionista (titular del derecho) hacerlo valer y reclamar su reconocimiento. Si el titular del derecho no lo hace valer (por acción u omisión) o incluso mediando transacción, observamos que aquel derecho inderogables ha quedado derogado.

La inderogabilidad del derecho está subordinada a la acción diligente del titular de ese derecho lesionado mediante la acción de impugnación y para ello el sistema le impone al accionista una especial diligencia: demandar la nulidad dentro de los 3 meses de cerrada la asamblea. Omitido este paso esencial el derecho del socio queda absolutamente aniquilado y derogado a instancia de la mayoría.

Incluso los derechos del socio derogados por actos fraudulentos quedan definitivamente fulminados y aniquilados si el titular del derecho no los defiende dentro del plazo de prescripción civil o comercial.

Por lo tanto no hay en la ley de sociedades derechos inderogables.

b. Régimen societario.

Por régimen societario debemos entender aquellas normas imperativas de orden públicos inderogables por autonomía contractual. Nos referimos a aquellos institutos del derecho societario que hacen al tipo. Fuera de estas normas imperativas de orden público, todas las demás son derogables por autonomía de la voluntad pues entran dentro de la categoría de normas dispositivas o supletorias.

E. Legitimación y posesión del título acción.

Aquí el Tribunal acertó y equivocó. El acierto está en que si duda M. Onoratti no poseía la calidad de accionista a la fecha de celebrarse la asamblea, siendo ésta esencial para poder promover la acción judicial de impugnación. A esa fecha M. Onoratti era una simple apoderada con poder de administración y disposición.

El yerro tiene que ver con considerar al título representativo de la acción como título legitimante. Esto ocurría antes con las acciones al portador. Actualmente con las acciones nominativas no endosables el título es un documento futil que nada agrega en la acreditación de la calidad de accionista. Ésta se adquiere por la anotación de la titularidad en el registro del artículo 215 de la LSC.

Incluso la exhibición de título sin la correspondiente contrapartida (anotación en el registro) no otorga al portador del título legitimación para ejercer los derechos de socio. Es notorio pero se observa en varios precedentes del foro esta preocupante confusión. Podemos citar a modo de ejemplo el caso *Ialia Bella SA*. La acción nominativa no es un título de exhibición, como lo sostuvo la sala C.

Otro importante acierto ha sido el interpretar con rigidez los requisitos necesarios para ser considerado parte legitimada en una acción de esta naturaleza. La sala acierta cuando sienta el siguiente criterio: *“Aún cuando es cierto que el art. 1047 C.c. extiende la legitimación activa para solicitar la declaración de la nulidad más allá del plazo de caducidad del artículo 251 de la LSC; no es menos cierto que para ostentar la calidad de legítima reclamante la actora debiera exhibir, cuanto menos, un interés que la autorice a ello. Adoptar un temperamento contrario habilitaría a cualquier tercero, ajeno a la sociedad y a la decisión asumida, a inmiscuirse en el funcionamiento social mediante la impugnación de las diversas resoluciones sociales”*

F. La realidad del negocio y los peligros que encierra la estructura jurídica societaria.

Existen ciertos elementos que no pueden pasar inadvertidos para cualquier lector atento. Aparece cuanto menos sugestivo que el cónyuge de M. Onoratti haya transferido a su suegro (en calidad de comisionista) la titularidad de su participación en Telesistemas para luego transferirlas a un tercero quien, acto seguido, le otorgaría a M. Onoratti un poder amplio de administración y disposición sobre dichas acciones y todo esto ocurrió en apenas 12 días corridos. Es cierto que M. Onoratti no figuraba – a la fecha de la asamblea - como accionista de la sociedad y como tal carecía de legitimación activa para promover la demanda de nulidad. Así lo entendió la sala C.

Bien pudo M. Onoratti concurrir a dicha asamblea en su calidad de apoderada. Bien pudo venderlas. Bien pudo hacerse de la propiedad de dichas acciones. En definitiva ella era la titular junto con sus hijos del 100% por sucesión. Incluso llama la atención un dato: la transferencia a favor del suegro se lleva a cabo 3 días corridos previos al deceso de RD Llanos. ¿Por qué el suegro y no M. Onoratti?

Está claro que si el padre de M. Onoratti enajenó las acciones a título oneroso a favor de Arditti, el precio por dicha transferencia beneficiará al sucesorio, en cuyo caso M. Onoratti nada tendría que reclamar. Aquella habría obtenido el precio de aquel 20% en Telesistemas. Este dato lo ignoramos.

Resulta sugestivo aquel poder amplio de disposición y administración otorgado a favor de M. Onoratti. Aquel pudo tener como objetivo darle a la esposa del socio fallecido la posibilidad de participar e inmiscuirse en los negocios societarios y en la gestión; incluso participando en las asambleas como apoderada (art. 239 LSC). Si el poder era amplio aquella pudo incluso contar con legitimación activa para demandar la impugnación en calidad de apoderada. Pudo incluso votar por la negativa el aumento. Pudo reclamar la emisión de las nuevas acciones con un precio por acción que contenga prima. Pudo proponer directores, solicitar información, impugnar balances o sea ejercer en su calidad de apoderado todos los derechos del socio (mandante).

Le cabía a M. Onoratti el deber de actuar en este sentido en su calidad de mandatario. Aquella tenía el mandato para hacer valer los derechos del socio. Bien pudo ella impugnar el aumento de capital dentro del plazo de caducidad invocando legitimación activa como apoderada contractual.

Todo esto demuestra lo serio complejo que resulta ser el negocio societario donde nos queda la duda o la sospecha de que los herederos forzosos del Sr. RD Llanos perdieron una parte sustancial del acervo hereditario representado en acciones de una mercantil.

G. Conclusión.

El caso analizado es de sumo interés jurídico por el criterio jurisprudencia sentado respecto del régimen de nulidades asamblearias, haciendo uso excepcional y restrictivo de las nulidades absolutas entendiendo que dentro del ámbito societario prevalecen las nulidades relativas por sobre las primeras; siendo la caducidad del artículo 251 de la LSC el plazo previsto por la ley para demandar la nulidad de asambleas ilícitas, sistema que sólo prospera cuando está en juego la defensa del interés social por sobre el interés individual del accionista (heredero).

Criterios como éstos buscan consolidar la certeza de los negocios jurídicos societarios. Aplaudimos y damos la bienvenida a este tipo de criterios jurisprudenciales.

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen