

Aumento de capital social: ¿nulidad absoluta de la  
asamblea o inexistencia del acto? Ni lo uno ni lo otro.  
*El caso Agropecuaria La Trinidad*



Por:  
**Pablo Augusto Van Thienen**  
Director

---

# Aumento de capital social: ¿nulidad absoluta de la asamblea o inexistencia del acto? Ni lo uno ni lo otro. *El caso Agropecuaria La Trinidad*

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**.

---

**Sumario:** I. INTRODUCCION. - II. LOS HECHOS. - III. AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL DOLOSO: ¿NULOABSOLUTO E IMPRESCRIPTIBLE? - IV. LOS PRECEDENTES ABRECHT, DEGAS Y FRIGORÍFICOS BLOCK: LA PRESCRIPCIÓN COMO PROBLEMA. - V. NO HAY ORDEN PÚBLICO INVOLUCRADO EN EL AUMENTO DE CAPITAL. - VI. ESTRUCTURA SOCIETARIA Y LEGÍTIMA HEREDITARIA: EL RIESGO DEL HEREDERO EN EMPRESAS CERRADAS FAMILIARES. LA DILIGENCIA EXIGIDA AL SOCIO EXTERNO. - VII. LEGÍTIMA HEREDITARIA Y AUMENTO DE CAPITAL EN SOCIEDADES DE FAMILIA. - VIII. LOS FUNDAMENTOS DEL DR. DIEUZEIDE PARA RECHAZAR LA NULIDAD ABSOLUTA EN SOCIEDADES DE FAMILIA. UNA MIRADA SENSATA Y ACERTADA. - IX. AUMENTO DE CAPITAL DOLOSO: ¿CADUCIDAD, PRESCRIPCIÓN O IMPRESCRIPTIBILIDAD? - X. LA INEXISTENCIA DEL ACTO ASAMBLEARIO Y DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: UNA TEORÍA PELIGROSA. - XI. INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO COLEGIADO (RECONOCIDO POR EL ACTOR). - XII. LA DOCTRINA DE LA INEXISTENCIA: UNA LLAVE PELIGROSA.

---

## I. Introducción.

El fallo que anotamos nos preocupa por un lado y nos alienta por el otro. Sin duda es un veredicto que traerá cola. Este fallo traza una nueva línea (diría la corre) dentro del ámbito de los negocios jurídicos colegiados societarios al incorporar al debate académico la doctrina de la *inexistencia del acto jurídico*. Podríamos afirmar que el precedente *Abrecht* (piedra angular de la doctrina de la nulidad absoluta del aumento de capital dañoso) se encuentra, a esta altura del partido, agotado. Demasiada agua bajo el puente ha fluido desde aquel precedente hasta nuestros días como para seguir insistiendo sobre la tesis de la nulidad absoluta en el marco del negocio de financiamiento societario como es el negocio de aumento de capital. Podemos decir que la sala D (mismo tribunal de la doctrina Pereda, *Abrecht* y éste) muestra una clara evolución Darwiniana. O lo que es lo mismo, ha llegado la hora de innovar y zarandear lo que estaba dado, o sea el *status quo*.

A nuestro modo de ver las cosas aquel *status quo* sería el siguiente: el aumento de capital dañoso cuyo único objetivo es causar un perjuicio es un negocio ilícito y lesivo al interés social, por lo tanto un negocio violatorio del orden público, la moral y las buenas costumbres. Siendo esto así corresponde decretar la nulidad absoluta, insanable e imprescriptible.

Sobre esto nosotros hemos expresado nuestra postura: no hay nulidades absolutas en el régimen societario, las normas son imperativas y el aumento de capital dañoso es un ilícito que devenga nulidad relativa sujeto al régimen de prescripción propio del código de Vélez (o en su caso, sujeto al plazo de caducidad de la ley societaria)<sup>1</sup>.

El debate de fondo en este complejo tema es precisar cuál de los dos plazos aplicamos para impugnar el negocio societario ilícito: ¿caducidad de 3 meses del artículo 251 LSC o prescripción del código civil o mercantil? Sin duda estamos nadando en aguas turbulentas sin un horizonte claro y preciso en algo

---

<sup>1</sup> El lector interesado puede consultar VAN THIENEN – DI CHIAZZA. *Aumento de capital y prima de emisión de acciones como cuestión no justiciable*. Working Paper CEDEF 57 – 2011. *Orden público ... ¿estás ahí? Con especial referencia a las nulidades absolutas, normas imperativas y derechos inderogables de los socios*. Working Paper CEDEF 20-2008. *Aumento de capital y privación del derecho de preferencia: ¿nulidad absoluta?* Working Paper CEDEF 13-2007. *Caducidad y prescripción societaria*. Working Paper CEDEF 13 – 2007. *Acciones & Cuotas. Negocios Jurídicos Complejos*. Monografías de Derecho Mercantil. Vol. 1. Ed., CEDEF. 2011. Buenos Aires.

ten sensible como es la prescripción liberatoria y para colmo la jurisprudencia del foro no ayuda a aclarar este panorama, situación que se ve aún más agravada a partir del precedente que anotamos<sup>2</sup>: inexistencia del acto jurídico. ¿Cuál es el plazo de prescripción para plantear la inexistencia del acto?, ¿quién es el legitimado activo para plantear la inexistencia del acto asambleario?, ¿basta acreditar ser poseedor de un interés suficiente legitimante para demandar la inexistencia? Demasiados interrogantes e incertidumbres.

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia mercantil se han mostrado impotentes para cerrar el debate de la prescripción societaria y régimen de impugnación, debate que se encuentra abierto desde hace algo más de veinticinco años y que necesita ser cerrado de una vez por todas. El mercado necesita certeza, aún para cometer ilícitos. Al fin y al cabo ese es el sentido último del instituto de la prescripción, guste o no.

## II. Los hechos.

Se trata de un clásico: un aumento de capital llevado a cabo en una sociedad anónima (cerrada familiar) compuesta por dos accionistas (hermanas) titulares del 50% cada una y donde una de las hermanas (accionista) vio licuada su participación accionaria (y por ende su participación en patrimonio familiar) a partir de un aumento de capital no suscriptor.

Aquel aumento implicó la capitalización de aportes irrevocables por \$60.000 aportados por la socia a cargo de administrar la empresa familiar. El capital se incrementó en proporción a esos aportes pasando de \$120.000 a \$180.000. El aumento de la cifra de retención implicó la consecuente dilución accionaria del socio (no suscriptor).

Aparentemente aquel negocio jurídico habría sido instrumentado de manera sorpresiva y de espaldas al socio no suscriptor. La publicación de edictos que impone el artículo 237 LSC convocando a la asamblea de accionista para tratar y debatir el aumento de capital, más la presunta falsa causa del aumento de capital habrían sido el *Talón de Aquiles* en este desdichado caso societario familiar (*virg.*, abuso de derecho artículo 1071 c.c.).

Pero no sólo se habría tratado de una maniobra abusiva tendiente a perjudicar, sino que en la interpretación de la sala D, aquella reunión asamblearia nunca habría existido. En efecto, en opinión de la alzada se habría acreditado en el expediente (por medio de testigos) que aquella reunión de socios nunca funcionó como tal, aquel debate jamás se había dado, aquel intercambio de opiniones no habría sido verdad y la deliberación no habría sido cierta. Es decir que el acta de asamblea transcrita en los libros societarios no habría sido otra cosa que una puesta en escena lejos de toda realidad jurídica y fáctica. Siendo esto así, no habiendo reunión de socios, no habiendo debate ni deliberación no hubo asamblea de accionistas, aún cuando se firman las actas en los libros.

Los hechos del caso son ciertamente fáciles puesto que se trató de un aumento de capital dentro del seno de una sociedad anónima familiar. Lo complejo y mañoso ha sido el veredicto de la sala D pues nos enfrenta a dos reflexiones: por un lado el abuso de la forma societaria como causal de nulidad absoluta e imprescriptible por violación a las normas de orden público y, por otro lado, la inexistencia del acto jurídico colegiado asambleario societario por ausencia de deliberación y debate entre los socios.

En nuestra opinión ni lo uno, ni lo otro<sup>3</sup>.

El caso *Agropecuaria La Trinidad SA* nos enfrenta a un claro supuesto de nulidad relativa. El problema de fondo consiste en descubrir cuál debe ser el plazo de prescripción aplicable para atacar vía impugnación un acto colegiado asambleario que impone un aumento de capital dañoso.

Queremos rescatar y poner en alto el voto del vocal preopinante Dr. Dieuzeide por considerarlo, en nuestra opinión, el voto acertado en este expediente. Más abajo explicaremos nuestras críticas a la tesis de la inexistencia del acto jurídico ensayada por el Dr. Vasallo y Dr. Heredia (este último por adhesión).

Analizaremos y profundizaremos el voto del vocal Dr. Dieuzeide porque, aún habiendo quedado en minoría, entendemos que es un voto sumamente interesante, desarrollado e lustrado por los temas abordados y porque intenta ponerle un límite al uso abusivo de la tesis de la nulidad absoluta en el ámbito societario cuando al actor se le ha *escapado la liebre* al advertir que el plazo de caducidad del artículo 251 LSC ha vencido. En este punto es sumamente útil rescatar la tesis desarrollada por el voto en minoría.

---

<sup>3</sup> *Vid.*, VAN THIENEN – DI CHIAZZA. Ob. cit.

### III Aumento de capital social doloso: ¿nulo absoluto e imprescriptible?

La solución del caso *Agropecuaria La Trinidad SA* es prueba elocuente de que hace muchos años el mercado viene nadando en aguas turbulentas sin un claro horizonte en materia de caducidad y prescripción societaria y más específicamente, en el complejo ámbito del negocio societario de aumento de capital.

Si sumamos el voto de la instancia *a quo* a los votos de la alzada observamos que el caso está empatado. Dos jueces han entendido que el aumento de capital llevado a cabo en la asamblea de accionistas de *Agropecuaria La Trinidad SA* no era un negocio nulo de nulidad absoluta siendo por lo tanto aplicable el plazo de caducidad del artículo 251 LSC. Dos jueces, en cambio innovaron respecto del planteo nulificante haciendo suya la idea del acto jurídico inexistente. Ésta última postura prevaleció. Esto no significa, a nuestro entender, que sea la acertada.

Este empate *intelectual* merece ser desempatado fuera del expediente y en esta cancha, o sea en el debate amplio, sereno y constructivo. Esta es nuestra propuesta.

Hemos dicho antes de ahora que el aumento de capital social no devenga una nulidad absoluta. Sostenemos y afirmamos desde estas líneas que el aumento de capital llevado a cabo con dolo, fraude y simulación es un ilícito societario y como tal sometido a las reglas de la prescripción. El desbaratamiento de derechos patrimoniales no genera, en ningún ámbito del derecho civil o comercial, nulidades tan severas como para catalogarlas de absolutas. Está claro y es evidente que la lesión al patrimonio personal no involucra al orden público, no ataca la moral ni ofende las buenas costumbres, siendo éstos los exclusivos intereses tutelados por las normas de orden público. No hay detrás del régimen societario orden público involucrado y menos aún cuando se trata del uso abusivo de su estructura<sup>4</sup>.

Algunos ejemplos bastan para advertir que nuestra ley societaria es refractaria a la nulidad absoluta. Veamos algunos casos: 1) el artículo 54 impone la sanción de inoponibilidad frente al uso doloso de la estructura societaria con miras a causar un daño, 2) el artículo 202 sanciona con nulidad relativa la emisión de acciones bajo la par, 3) el artículo 220.2 sanciona con nulidad relativa el rescate de acciones en violación de esa norma, 4) el artículo 239 sanciona con nulidad relativa el voto emitido por director o empleado, 5) el artículo 261 sanciona con nulidad relativa el honorario pagado en exceso del límite legal, 6) el artículo 271 sanciona con nulidad relativa la autocontratación leonina y abusiva ... y la lista continua<sup>5</sup>.

El régimen de nulidades absolutas del código de Vélez nos confirma que dicho régimen tiene por única finalidad tutelar algo más intenso, profundo y cívico que meros derechos individuales de contenido patrimonial. En definitiva el aumento de capital social instrumentado con fraude y dolo perjudicando de manera ostensible derechos de terceros no es más que un acto jurídico ilícito de contenido económico y por lo tanto sometido al régimen propio de la prescripción del digesto mercantil o civil. Los artículos 18, 21, 872, 1047, 1048, 4023, 4032 del C.c confirman esta tesis. Los artículos 846, 847.3 y 848 del C.com lo reafirman. El problema aquí es cómo encuadramos el artículo 251 LSC frente al acto ilícito doloso. Y este es el nudo gordiano.

La doctrina de los precedentes *Abrecht c. Cacique Camping SA; Khal c. Degas SA; Topola c. Vinares SA; Block c. Frigoríficos Block SA, entre otros* precedentes del foro mercantil vienen en nuestro apoyo. Han sido los propios tribunales quienes han confirmado la idea de que en el ámbito societario los ilícitos están sometidos a prescripción, y por ende fuera del régimen de las nulidades absolutas y por lo tanto imprescriptibles.

Aún cuando nos enfrentemos al acto fraudulento más patético, queda claro que nuestro sistema legal impone al damnificado someterse al plazo de prescripción. Aún cuando estemos parados frente a un ilícito de magnitud no queda otra conclusión que fijar un plazo de prescripción para hacer efectivo el crédito. Aún cuando las personas involucradas en la disputa societaria tengan profundos vínculos familiares y el patrimonio familiar haya sido organizado bajo esta dinámica societaria no queda otro camino que fijar los plazos ordinarios de prescripción. Reiteramos, aún cuando el uso de la persona societaria sea generadora de ilícitos dañosos, no queda otra opción que la caducidad o la prescripción. No existen razones jurídicas que nos permitan justificar un tratamiento más severo o benévolo del delito societario respecto de otros delitos o cuasidelitos del derecho común. Ambos son ilícitos y por lo tanto deben someterse a los plazos de prescripción o caducidad establecidos en la ley.

<sup>4</sup> Vid., VAN THIENEN – DI CHIAZZA. *Rescate de cuotas en la SRL*. Working Paper CEDEF. 2009.

<sup>5</sup> Vid., VAN THIENEN – DI CHIAZZA. *Orden público societario ... ¿estás ahí?* Working Paper CEDEF. 2008.

Pensemos que la acción de colación, la acción de partición de herencia, la acción de nulidad de actos fraudulentos, los actos simulados, los celebrados con violencia, con intimidación están todos sometidos a un plazo específico de prescripción. Nadie puede dudar que una donación puede ser realizada con el ánimo de causar un perjuicio en violación de los intereses particulares de un heredero. Éste no podrá invocar la nulidad absoluta de la donación, sólo le quedará ir contra sus coherederos y colacionar. Para ello deberá saber que su crédito tiene fecha de vencimiento: la prescripción.

Aún cuando detrás de la persona societaria subyace organizado un patrimonio familiar pudiendo aquella estructura poner a riesgo derechos patrimoniales de los herederos (accionistas) la verdad es que el empresario suele organizar su fortuna bajo ciertas estructuras societarias puestas por la ley a su disposición para limitar su responsabilidad personal. Siendo esto así, el riesgo de ser accionista o socio (por sucesión) es el riesgo que toman quienes heredan empresas<sup>6</sup>.

No vemos en el aumento de capital doloso un negocio nuloabsoluto aún cuando estemos enfrentados a un acto jurídico carente de causa, simulado y fraudulento. Este tipo de negocios están sometidos a un plazo de prescripción. El legislador mercantil y civilista lo han establecido en forma muy precisa. Que los negocios celebrados en violación de la ley *sean considerados como si no tuvieran objeto* (tal como lo indica el artículo 953 C.c.) no significa que los negocios ilícitos sean nuloabsolutos. El peso específico de esta norma no conlleva a una nulidad absoluta. Semejante interpretación implicaría darle rienda suelta al régimen de nulidades absolutas en el ámbito societario, civil y mercantil con serio peligro de *generar una preocupante inseguridad jurídica*.

#### **IV. Los precedentes Abrecht, Degas y Frigoríficos Block: la prescripción como problema.**

Los Tribunales han dicho NO a la tesis de la imprescriptibilidad de la acción de impugnación en sede societaria. Los precedentes aquí mencionados son casos emblemáticos dentro del tipo societario familiar. En todos estos se trató de aumentos de capital donde un miembro de la sociedad familiar (o un grupo familiar) se vio perjudicado por un aumento de capital simulado, doloso y fraudulento. Un dato no menor: en los casos Degas y Frigoríficos Block los accionistas perjudicados eran poseedores del 50% del capital social y votos. Una patología similar a la del caso que estamos anotando. Veamos los precedentes:

##### *1. El precedente Abrecht.*

En este caso el juez Alberti sostuvo que: *“La elevación artificial de la capital fue tempestivamente impugnada, dentro de los dos años contados desde que su dolo y su falsa causa fueron conocidos por los afectados. Ese es el plazo prescripto por el C.civ 4030, disposición aplicable a la sustancia del conflicto”*.

Este caso fue quirúrgicamente tratado en el precedente que estamos anotando en el sentido de que el voto en minoría no se dejó cautivar por su doctrina separando aquellos hechos del caso en crisis.

##### *2. El precedente Degas.*

En este caso el Tribunal sostuvo lo siguiente: *“Si bien el plazo del art. 251 es de caducidad, lo cierto es que en el supuesto de tratarse de una acción fundada en la existencia de violación de derechos inderogables de los socios o en que se afecte el orden público, se ha admitido (C. Nac. Com., sala D, del 1/3/1996, “Abrecht, P. A. v. Cacique Camping S.A.”) que no rige ese plazo, sino el de prescripción del art. 4030 CCiv., sin embargo en tanto el Código de Comercio tiene previsto uno específico corresponde estar al de cuatro años previsto en el art. 847 inc. 3 CCom”*.

Aún admitiendo (el tribunal) la existencia de derechos inderogables de los socios aquel entendió que debe aplicarse el plazo de prescripción del código mercantil<sup>7</sup>.

##### *3. El precedente Frigoríficos Block.*

En este caso la sala confirmó el fallo *a quo* (sentencia del Dr. Fabier Dobois) quien sostuvo lo siguiente: *“La caducidad de la acción invocada por los demandados será rechazada por no resultar aplicable al sub-júdice la norma citada (L.S.:251), al tratarse de una nulidad imprescriptible o, cuanto menos, sujeta al plazo de 10 años del art. 4023 del Cód. Civi”*.

Aún cuando los tres casos citados nos conducen a conclusiones diferentes respecto del plazo de

<sup>6</sup> Vid., VAN THIENEN – DI CHIAZZA. *Empresario individual y socio de cómodo*. Working Paper CEDEF. 2007. *Canje de títulos y reducción de capital*. Working Paper CEDEF 2007.

<sup>7</sup> Nosotros negamos la existencia de derechos inderogables.

prescripción de la acción de impugnación, hay consenso doctrinario de que la nulidad del ilícito societario llevado a cabo con fraude y simulación en abuso de la estructura societaria queda fuera del plazo de caducidad del artículo 251 LSC para quedar abrazado por normas extrasocietarias. El debate hoy es conocer cuál plazo de prescripción aplicar.

El plazo de prescripción para promover la acción de impugnación asamblearia se presenta como un serio problema para los operadores del mercado puesto que no tenemos certeza sobre cuál es el plazo aplicable para declarar nulo un aumento de capital doloso, simulado y fraudulento. Podemos compartir la tesis de que se debe aplicar el plazo de cuatro años del código de comercio por ser aquel negocio un acto jurídico colegiado de naturaleza mercantil (*vid.*, artículo 847.3 C.com). Están quienes postulan la aplicación del artículo 4030 ó 4023 del C.c.

No obstante la claridad de estas conclusiones todavía estamos en mantillas. En nuestro entorno académico persiste la tesis de que el aumento de capital social llevado a cabo en forma dolosa, simulada y fraudulenta es un negocio vejatorio de los principios societarios y por lo tanto violatorio del orden público, la moral y las buenas costumbres. Siendo esto así corresponde decretar la máxima pena: la nulidad absoluta del acto y por lo tanto la imprescriptibilidad de la acción de impugnación. Recordemos que este tipo de nulidad fue la solicitada por el actor en este caso.

Es hora de ponerle un límite a esta tesis. Los fallos citados dan cuenta de que la aguja se está corriendo<sup>8</sup>.

## **V. No hay orden público involucrado en el aumento de capital.**

En el aumento de capital como negocio jurídico colegiado de naturaleza societaria no encontramos con facilidad el orden público. En cambio sí salta a la vista dos intereses bien concretos: el interés societario en llevar a cabo el negocio de financiamiento y el interés particular del accionista de suscribir o no dicho aumento. En definitiva el incremento de capital es un negocio jurídico complejo donde interés social e interés particular pueden coincidir o repelerse, en este último supuesto el accionista disconforme con la operación de financiación no le quedará otro camino que soportar los costos de verse diluido en su participación accionaria (*vid.*, art. 233 LSC).

Aquel aumento sólo podrá ser detenido si fuera realizado en violación de la ley, los estatutos o reglamento (*vid.*, artículo 251 LSC) y para este ataque el legislador previó un plazo de caducidad sumamente exiguo: 3 meses contados desde la celebración de la asamblea.

La práctica nos puso de frente con una realidad: aquel plazo era demasiado escueto para subsanar ilícitos societarios violatorios de derechos patrimoniales. En esta cruzada por tirar a bajo la barrera de la caducidad (como régimen especial del sistema societario) la doctrina del caso *Abrecht* se impuso dejando de lado aquella norma para imponerse el derecho común y desde allí la penetración de la doctrina de la nulidad absoluta.

Esta doctrina se ha venido tejiendo en forma paciente desde la cátedra y quienes la defienden parten de la tesis de que nuestro sistema societario está edificado sobre norma de estricto orden público, con una visión institucionalista de la persona jurídica, hoy perimida y superada por la doctrina internacional. Por lo tanto violándose esta categoría de supranormas jurídicas queda habilitada la más absoluta nulidad. En una suerte de silogismo donde la premisa mayor es que el orden societario es orden público y siendo la menor que las nulidades violatorias de este orden público son de tipo absoluto, la conclusión es la siguiente: la acción de impugnación de decisiones sociales que violenten este orden es imprescriptible.

Estamos de acuerdo en que los ilícitos societarios dañosos, como puede un aumento de capital simulado, doloso y fraudulento escape del exiguo plazo de caducidad del artículo 251 LSC y quede sometido al plazo de prescripción ordinario de derecho de fondo. No estamos convencidos de que aquel ilícito de carácter patrimonial adquiera una categoría jurídica tal que lo ponga en lo más alto de la pirámide del régimen de nulidades. Reiteramos: las nulidades absolutas tienen por finalidad tutelar intereses y principios superiores del orden social y de la convivencia cívica, excediendo por lo tanto los derechos individuales meramente patrimoniales. Los legitimados activos para promover la acción de nulidad (cualquier interesado), la obligación de los jueces de dictarla de oficio (cuando la misma aparece patente), la imposibilidad de subsanar el vicio y el plazo de imprescriptibilidad hablan por sí solo. Las nulidades absolutas de nuestro derecho de fondo chocan con el subsistema societario. Éste es un sistema de organización del capital destinado a la producción e intercambio de bienes y servicios. La nulidad absoluta sólo se hace presente en este subsistema cuando aquella organización del capital tiene por finalidad la

---

<sup>8</sup> El precedente *Abrecht* ha sido abusivamente interpretado por cierta corriente de opinión que vio en ese fallo la teoría de la nulidad absoluta.

comisión de delitos o la realización de actos prohibidos por ley. O sea, la formación de sociedades con objeto prohibido. En este supuesto la propia ley de sociedades nos dice “será nulo de nulidad absoluta”. El interés jurídico de bien común tutelado así lo impone<sup>9</sup>.

Podemos decir que estando presente la posibilidad de que la asamblea decida dejar sin efecto la decisión social de aumentar el capital o incluso rectificarla queda puesto de manifiesto que el negocio jurídico colegiado de financiación está excluido del régimen de nulidades absolutas. Como todos sabemos éstas son insanables. En definitiva el interés jurídico tutelado es el derecho patrimonial de los socios, aún cuando estemos parados ante una sociedad de tipo familiar, y lo que esté en juego sea la legítima hereditaria. Es de toda evidencia que ésta deberá subordinarse al particular régimen societario. Veamos:

## VI.

### **Estructura societaria y legítima hereditaria: el riesgo del heredero en empresas cerradas familiares. La diligencia exigida al socio externo.**

En nuestro sistema jurídico sucesorio los herederos forzosos están llamados a tomar todos los activos y pasivos contraídos por el causante, salvo beneficio de inventario. A su vez el sistema jurídico mercantil societario autoriza al causante organizar su patrimonio personal y empresarial de la manera más eficiente pudiendo estructurar su hacienda bajo negocios asociativos que le permitan obtener la franquicia de la limitación de responsabilidad al capital aportado. En definitiva esta última opción termina beneficiando a los herederos forzosos quienes verán protegido el patrimonio familiar ajeno a la explotación empresarial, o sea ajena al riesgo de empresa.

Limitar la responsabilidad al capital aportado blindando el acervo personal es una opción sumamente atractiva como para no tomarla. Pocos empresarios eligen asumir el riesgo de empresa exponiendo toda su fortuna personal al riesgo del negocio. Está claro que la opción de organizarse bajo esta estructura es directamente proporcional al riesgo de la actividad. En otras palabras: si el riesgo es nulo o casi nulo no vale la pena asumir costos de agencia y transaccionales innecesarios.

Quienes están llamados a heredar a sujetos que han organizado parte de su fortuna personal bajo

---

<sup>9</sup> Comparto el criterio de la doctrina en cuanto a que las resoluciones assemblearias viciadas de nulidad absoluta no están sometidas al especial régimen de impugnación de las decisiones assemblearias del art. 251, mas la acción ordinaria de nulidad no es procedente cuando los derechos afectados sean disponibles para los socios. Y no hay ninguna duda que (...) la sanción de "absoluta" de una nulidad se da cuando la imperfección del acto atenta contra los intereses generales o colectivos. (Vid., Alvarez c. Acindar SA. CNCom., sala C. 06.07.2000). Otro precedente: “No parece que se trate de supuesto de nulidad absoluta, que no pueda ser remediada por confirmación del acto (arts. 1047 y 1058, Cód. Civil). Aquí se percibe objetiva transgresión a una norma legal imperativa (art. 246, cit.); mas no está comprometido el orden público, sino solamente el interés particular de los accionistas de la compañía: el de resolver si es menester asistir a la reunión, o si no lo es, el de informarse convenientemente para votar; etc. La conclusión viene impuesta por la misma letra de la previsión normativa, que establece salvedad a la sanción de nulidad, justamente, para el caso de que no se encuentre comprometido el interés de algún accionista (primera salvedad del cit. al art. 246). De otro lado, participo de la opinión de quienes distinguen, de manera especialmente conducente para la materia societaria, entre normas imperativas de orden público y las que no revisten este carácter: existen, en efecto, disposiciones que hacen al balance de principios sistemáticos en la economía de la legislación específica, o al equilibrio entre mayorías y minorías que, en dicha economía, conjugan los principios institucionalistas o contraactualistas que, en tensión, campean como alternativas contingentes en la referida normativa; pero que no necesariamente comprometen al interés del pueblo todo o --dicho de otra manera-- a opciones fundamentales de la comunidad política como tal”. (Vid., Noel, Carlos c. Noel & Cía. CNCom., sala D). Otro precedente: “La alegada falta de convocatoria previa de la socia minoritaria a la asamblea cuestionada importó, en todo caso, la violación de una norma legal imperativa; pues resulta incuestionable que ese requisito no es derogable por la voluntad de los particulares. Empero la desatención de una regla "imperativa"- como la que se habría inobservado en la especie- no implica mecánicamente lesión del orden público que conlleve a provocar la nulidad absoluta de la decisión assemblearia de referencia. (Vid., Ernst & Young Ameritas c. Ernst & Young Fas & Rec SRL. CNCom, sala A. 08.04.2005). “En concordancia con los principios ya esbozados juzgo que la norma consagrada en el art 247 y cuya violación se pide no posee el carácter de orden público, porque aún conociendo que establece pautas precisas destinadas a la celebración de las asambleas, su apartamiento no vulnera derechos inatendibles para los accionistas ni para las sociedades ni para la comunidad. En consecuencia, cuando los accionistas que consideren afectados sus derechos voluntariamente deciden no ejercer el derecho a impugnar el acto en el que no se haya representado, o cuando lo hagan tardíamente, no se afecta el interés público, ni las buenas costumbres (art. 21 C.C.), ello en razón de tratarse de derechos disponibles. (Vid., Schenider de Kessel c. Italpapelera SA. CNcom., sala D); entre muchos otros precedentes.

este tipo de estructuras societarias y por lo tanto llamados a heredar derechos participativos sobre patrimonios sometidos al especial régimen societario, han sido llamados forzosamente a heredar no sólo los derechos políticos y económicos que estas participaciones confieren sino además, están llamados a asumir las obligaciones que estos derechos participativos imponen; y no nos estamos refiriendo aquí a la específica obligación de asumir el riesgo de empresa (arg. artículo 1° LSC) sino a la carga de diligencia impuesta a quien hereda la calidad de socio.

Quien hereda participaciones en un negocio societario debe saber que no sucede en los activos subyacentes de la organización jurídica sociedad sino que sucede y hereda sólo derechos participativos con un especial y específico régimen jurídico. Ya no se trata de acceder a un patrimonio tangible sino que sólo se accede a derechos de participación social. Esta es la cruz del problema en las empresas de tipo familiar donde los herederos forzosos desconocen esta compleja realidad y se conducen con el más absoluto desprecio por las formas societarias.

Incluso en sociedades de este tipo encontramos una patología propia y única: existen herederos activos fuertemente involucrados en el negocio y herederos pasivos totalmente ajenos a la actividad. A éstos últimos podríamos llamarlos *socios externos*. A esta patología podríamos agregarle otra complejidad: es común observar en este tipo de sociedades que los herederos activos (*socios internos*) intenten desplazar a los externos. Esta actitud es el resultado de dos situaciones bien concretar y profundamente humanas: el interno se cree con mayores derechos que el heredero externo. El socio interno siente que su dedicación y trabajo tiende a beneficiar patrimonialmente a todos los herederos por igual, incluido los externos. Esta situación es percibida por los internos como desequilibrada e injusta. Es en este contexto familiar, humano y empresarial donde se producen los desplazamientos de los herederos externos y los conflictos familiares.

Es bien cierto que si la hacienda empresaria hubiera estado organizada a título personal terminaríamos forzosamente con un condominio o con una partición hereditaria donde cada uno tiene derecho a llevarse lo suyo (efecto desguase). En el supuesto de un condominio el *socio externo* se encuentra bien protegido pues no hay forma de reducir se legítima. Ahora bien, fuera de este esquema básico y elemental el único camino posible que le queda al empresario para organizar los factores productivos alejando el patrimonio personal del riesgo de empresa es adoptando la estructura societaria; y es aquí donde las habas se cuecen.

Es un tema de compensación de riesgos. Si bien el régimen de condominio tutela eficazmente los derechos patrimoniales individuales de los herederos, éstos pueden verse amenazados por el *riesgo de empresa* donde cada uno deberá absorber el riesgo, más allá de la legítima hereditaria, precisamente por ser responsables solidarios. En cambio en el régimen societario los herederos estarán inmunizados del *riesgo de empresa* pero absorberán íntegramente el riesgo de socio; y éste no es otro que someterse a las reglas de juego del complejo negocio asociativo.

Un tema no menor: si el heredero externo se toma el trabajo de instruirse sobre las reglas de juego del negocio societario aquel tomará las ventajas del sistema. No sumirá el riesgo de empresa en forma personal y evitará ver lesionada su legítima hereditaria.

Ser miembro de una hacienda empresaria organizada bajo la compleja estructura jurídica de la anónima exige del heredero forzoso una conducta diligente que no es otra que la diligencia normal y habitual exigida por Vélez a cualquier mortal (*arg.*, artículo 512 y 902 C.c.). Esto es informarse de la vida societaria y tener una participación activa, aunque aquel sea *socio externo*. En definitiva el sistema legal termina castigando a los morosos en el ejercicio de sus derechos.

## **VII. Legítima hereditaria y aumento de capital en sociedades de familia.**

Nadie pone en entredicho que la participación que el heredero forzoso adquiere sobre el capital social de una anónima integra su legítima hereditaria. Nadie pondría en entredicho que esa legítima está expresamente protegida y tutelada por el sistema legal sucesorio argentino donde el codificador fijó y dispuso las fracciones de patrimonio sobre el cual aquellos están llamados *por ley* a concurrir. El carácter tuitivo del sistema es tan manifiesto que nuestro legislador fijó un tope a quien decidiera disponer gratuitamente de su patrimonio. Nada más allá del quinto. Cualquier donación en exceso de este límite confiere al heredero forzoso el derecho a exigir judicialmente la compensación bajo el sistema de colación.

Es notorio pero aún frente a una donación llevada a cabo con la intención de perjudicar al heredero, nuestro sistema jurídico sucesorio y patrimonial pone un límite temporal al reclamo del perjudicado. La acción de colación está sometida a un riguroso plazo de prescripción.

No hay duda que un aumento de capital producido dentro del seno de una sociedad cerrada familiar nos puede llevar al mismo resultado que la donación ilícita puesto que aquel negocio jurídico complejo de: 1) asamblea de accionistas, 2) emisión de nuevas acciones, 3) emisión a la par o con prima, 4)

invitación a suscribir y 5) realización del aporte; puede conducir al mismo daño económico.

Lo llamativo es que mientras la acción de colación por donación ilícita está sometida a un expreso plazo de prescripción, el aumento de capital ilícito llevado a cabo con la misma intención implicaría nulidad absoluta y por lo tanto imprescriptible.

Este aspecto del problema debe ser revisado por la doctrina y jurisprudencia para darle coherencia al sistema jurídico.

Es este aspecto que deseamos rescatar del voto del Dr. Dieuzeide.

### VIII.

#### **Los fundamentos del Dr. Dieuzeide para rechazar la nulidad absoluta en sociedades de familia. Una mirada sensata y acertada.**

La asamblea que resolvió incrementar el capital social de \$120.000 a \$186.000 por capitalización de aportes irrevocables se llevó a cabo (en segunda convocatoria) el 28.05.2002 y la demanda de impugnación se promovió el 28.05.2004. Los aportes estaban debidamente acreditados en la contabilidad de la sociedad *Agropecuaria La Trinidad SA*. La asamblea fue convocada por edictos conforme artículo 237 LSC.

Hemos dicho al principio de estas reflexiones que la convocatoria a asamblea mediante publicación edictal habría sido el *Talón de Aquiles* de este caso. A tal punto esto sería así que la hermana (actora en este causa) expresó lo siguiente “*desde cuándo dos hermanas se citan a asamblea mediante edictos*”.

Previo a esta asamblea hubo otras tres donde las hermanas socias habrían votado por unanimidad las decisiones sociales y a tal efecto evitaron la publicación edictal.

A continuación se transcribe (en forma no literal) parte del voto del Dr. Dieuzeide respecto de cada uno de los puntos que consideramos destacables:

*i. La publicación de edictos como obrar doloso y abusivo en sociedades cerradas familiares.*

*Los únicos hechos invocados por la actora son el de ser hermanas y el de haberse convocado (por primera vez) a una asamblea mediante la publicación de edictos para decidir un aumento de capital.*

*La relación familiar en principio no es concluyente en el ámbito patrimonial y en abstracto como presupuesto de obrar doloso y contrario a la buena fe, ya que las relaciones entre parientes pueden ser de todo tipo -caso contrario serían innecesarios el derecho de familia y el derecho sucesorio con sus normas imperativas-, y no hay concordancia testimonial en este caso de que el trato preexistente entre dos hermanas adultas y capaces en la fecha de fallecimiento de la madre hubiera permanecido sin conflictos y menos aún que hubiera sido afectuoso y cordial para esa fecha, a punto tal de ser impensable y absolutamente contraria a la buena fe la aplicación de las normas propias de la sociedad que conformaban.*

*El derecho positivo vigente incluye figuras societarias de todo tipo adaptables a las relaciones extrasocietarias de los socios, pero contiene escasas previsiones generales sobre las relaciones de parentesco y la regulación de las sociedades por acciones no efectúa ninguna distinción sustentada en si los socios tienen relaciones familiares o no, mas allá de las observaciones que se puedan formular “de lege ferenda”.*

*Por lo tanto entiendo que no es una conducta jurídicamente exigible “una más fraternal o siquiera caritativa información fuera de la publicación edictal” como la que propició el señor juez preopinante en el caso “Abrecht P. A. c/ Cacique Camping S.A.”*

*No podía ser impensable (...) los procedimientos habituales para la convocatoria a asamblea previstos en la L.S. 237, con mayor razón si hubo preexistentes situaciones de desavenencia entre las socias sobre los aportes a la sociedad y los efectuados por una de ellas.*

En este punto el juez preopinante entendió que la publicación edictal llevada a cabo por la sociedad familiar para convocar a una asamblea que tenía por objeto aprobar un aumento de capital no fue suficiente para acreditar, por sí solo, la existencia de una conducta dolosa.

*ii. Aumento de capital. Nulidad absoluta y violación del orden público societario.*

El juez preopinante Dr. Dieuzeide postuló el siguiente criterio en coincidencia con el juez *a quo*:

*Calificada doctrina postula que el plazo fijado por el artículo 251 LSC es inaplicable cuando el acto colegial está afectado por una causal de nulidad absoluta (c.c. 1047) consistente en la violación de una norma de orden público, teniendo en cuenta que no todas las normas imperativas lo son, por lo cual el ejercicio de la acción de impugnación de la decisión asamblearia por la sola violación de estas últimas están sujetas al plazo de caducidad de la L.S. 251.*

*Desde esta perspectiva considero que pese a la relativa imprecisión de su contenido, el orden público es el "conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de una organización social establecida" que no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos.*

*Si se parte de la base de que en este caso la pretensión de nulidad de la decisión asamblearia de aumentar el capital puede ser materia de desistimiento del derecho o de un acuerdo transaccional o conciliatorio (c.p.c. 305, 308 y 309; c.c. 844 y 849), ya que no se advierte el motivo que pueda impedirlo, y tampoco hay razón para que el órgano judicial pueda declarar de oficio la nulidad de la asamblea cuestionada se advierte con claridad que el interés patrimonial que la actora intenta proteger no afecta el orden público, y que por lo tanto el ejercicio de la acción caducó. Por lo demás, la decisión de aumentar el capital social que pudiera estar afectada por un vicio concerniente tanto al acto asambleario cuanto a la competencia de la asamblea, es una decisión que en cuanto a su contenido sería en principio subsanable por la ratificación de otra asamblea exenta de eventuales vicios, lo cual predica también acerca del carácter relativo de esta nulidad.*

*La necesidad de los aportes, cuanto si se debió aumentar el capital con la prima, son cuestiones que atañen al interés particular de los socios y eventualmente de la sociedad, pero que son ajenos al orden público. Ninguna de estas cuestiones se consideró suficiente para establecer la existencia de una causal de nulidad absoluta, ni para admitir que -pese a tratarse de supuestos de nulidad relativa- evidenciaban la utilización de los mecanismos societarios para arribar dolosamente a finalidades extrasocietarias. La impugnación a la asamblea sustentada en estas causales debió ser planteada en el plazo temporal fijado por el artículo 251 LSC y le resulta aplicable a la acción promovida con tal objeto la caducidad prevista en dicha norma.*

Sobre esto último volveremos más adelante.

iii. *El deber de diligencia del heredero (accionista).*

El juez preopinante Dr. Dieuzeide postuló el siguiente criterio:

*Para evaluar la existencia de una actuación dolosa no puede soslayarse que siempre estaba la posibilidad de que la actora -cuyo comportamiento no está acreditado que pudiera ser previsible por su hermana tanto como accionista cuanto como directora- se interesara en la vida societaria, leyera los edictos o requiriera información, concurriera a la asamblea, suscribiera el aumento de capital y ejerciera el derecho de preferencia, o que impugnara la asamblea en los términos y plazos de la L.S. 251, lo cual a mi juicio también hace más dudoso el dolo atribuido por ser más aleatoria "a priori" la suerte de la convocatoria.*

*Entiendo que una conducta medianamente previsora y cuidadosa de quien era titular del cincuenta por ciento de las acciones en una S.A. cuyo patrimonio es un campo de más de ochocientas hectáreas en el partido de Chivilcoy de la Provincia de Buenos Aires, es cuanto menos en abstracto razonablemente exigible y esperable por los restantes socios en las circunstancias del caso y en los términos del c.c. 512 y 902 de acuerdo con el normal suceder de los hechos.*

iv. *La necesidad del aumento de capital.*

En este punto el juez preopinante sostuvo:

*La sociedad carecía de liquidez y que el establecimiento había sufrido inundaciones y sequía, que debían afrontarse deudas societarias, que quién realizó adelantos en efectivo fue una de las hermanas y que la actora conocía tal necesidad y tales aportes pese a lo cual no realizó ninguno. Considero un hecho público y notorio la restricción en el ofrecimiento de créditos por parte de las entidades financieras en los años 2001/2002 en el marco de una crisis económica general del país, elemento de juicio macroeconómico que fue ignorado.*

## **IX. Aumento de capital doloso: ¿caducidad, prescripción o imprescriptibilidad?**

En este punto nos permitimos disentir con el juez preopinante Dr. Dieuzeide. Para este magistrado – siguiendo la corriente doctrinaria del Dr. Willams – las nulidades relativas están alcanzadas por el plazo de caducidad del artículo 251 LSC<sup>10</sup>. Esto quiere decir que sólo un aumento de capital doloso, simulado y fraudulento contrario a las normas de orden público y al régimen societario quedaría sometido al artículo 1047 C.c. Por lo tanto no acreditado el dolo y/o la violación a normas de orden público la acción de nulidad debe caducar a los tres meses de clausurada la asamblea.

Para nosotros el tema es mucho más simple si nos remitimos al régimen de nulidades propio del digesto mercantil y civil. En nuestro análisis descartamos de plano el orden público y la existencia de normas de este calibre dentro del régimen societario. Participamos de la existencia de normas imperativas y de la existencia de intereses particulares, transables y derogables. Siendo esto así las únicas nulidades posibles dentro del complejo negocio societario son siempre de tipo *relativa*, y más aún, cuando estamos hablando de la impugnación de aumentos de capital en sociedades de familia lesivos al interés particular de socios y herederos.

En este sentido compartimos la tesis de que dichos ilícitos societarios están sometidos al plazo ordinario de prescripción del código de comercio y código civil siendo de aplicación a este efecto los plazos previstos en los artículos 4023, 4030 del C.c. o los artículos 847 u 848 C.com.

El propio juez preopinante Dr. Alberti en el precedente Abrecht propuso la aplicación del artículo 4023 del código civil frente a un supuesto de aumento de capital doloso, sin causa, simulado y fraudulento ocurrido dentro del seno de una empresa familiar. A esa sana doctrina debemos ajustarnos evitando caer en nulidades absolutas inexistentes dentro del ámbito del derecho societario – familiar.

Partiendo de la tesis de la nulidad relativa el aumento de capital doloso, con falsa causa y fraudulento estaría sometido al plazo de prescripción del artículo 4030 C.c. Según los hechos revelados en este precedente y en el supuesto de que el aumento de capital hubiere perseguido fines extrasocietarios, advertimos que la acción de impugnación pudo promoverse dentro de este plazo de prescripción evitando recurrir a la peligrosa tesis de la inexistencia del acto jurídico colegiado como nueva fórmula de ataque de actos societarios cuyas consecuencias son difíciles de predecir.

## **X. La inexistencia del acto asambleario y doctrina de los actos propios: una teoría peligrosa.**

La sala D innova en este caso proponiendo como sanción la inexistencia del acto jurídico colegiado. En este sentido podemos afirmar que el precedente *Agropecuaria La Trinidad SA* se postula como *leading case* en esta materia: yo no será necesario probar el dolo, el fraude o la simulación del negocio jurídico sino probar su inexistencia. Tengamos presente que estamos hablando de asambleas de sociedades cerradas familiares donde la ausencia de deliberación es la forma normal y habitual de tomar decisiones sociales. En opinión del Tribunal la falta de deliberación, la ausencia de debate y la simple firma de un acta; donde se hacía constar y figurar un debate, cuando en rigor de verdad semejante intercambio de palabras jamás existió, devengaría la inexistencia del acto asambleario como acto jurídico colegiado societario.

Estamos hablando de una asamblea generada dentro del seno de una sociedad anónima familiar donde habitualmente las reuniones de socios no se producen, y donde el intercambio de opiniones, el debate de ideas, las mociones y la emisión del voto es un acto ausente de toda formalidad cercana a una real reunión de socios.

Son usos y costumbres de nuestro entorno que las actas de directorio y asamblea sean el resultado de un producto elaborado por un secretario que las redacta, y que los socios o administradores las consienten estampando sus firmas. Esta formalidad donde el debate y el intercambio de opiniones es el verdadero ausente es la manera en que las sociedades cerradas (familiares o no) toman sus decisiones de gestión y de gobierno. De esta forma se aprueban balances, la gestión de los administradores, la política de dividendos, los honorarios de los administradores, el otorgamiento de poderes y su revocación y hasta incluso se decide una reorganización societaria o la emisión de obligaciones negociables. Las asambleas ordinarias y extraordinarias se celebran de esta forma cualquiera sea el tamaño o magnitud de la empresa.

---

<sup>10</sup> *Vid.*, Williams J., “La impugnación de decisiones asamblearias nulas y el art 251 de la ley 19.550”, L.L. 1983-C-1047.

Este es un dato empírico insoslayable de nuestro mercado.

Alguien podría sostener que esta práctica es lícita mientras contemos con el 100% del capital presente en la asamblea (el propio consenso de los socios subsanaría el vicio) y que para el supuesto de socios ausentes la deliberación y el debate se impone. Esta forma de pensar es inocua y jurídicamente irrelevante. El debate y el intercambio se exige sólo en el supuesto de socios disidentes, más no en caso de ausentes. Es precisamente la disidencia la que exigirá abrir el debate y ofrecer un ámbito de discusión para que aquellos puedan exponer su parecer y emitir su voto negativo.

En el caso que estamos anotando la asamblea se celebró en segunda convocatoria con la ausencia de la socia disidente. Esa disidencia se manifestó *ex post* (al momento de promover la demanda de impugnación) y no en la asamblea. Quedó acreditado que era práctica habitual de esta sociedad que las asambleas no se celebraban formalmente y que las actas eran redactadas por un secretario para luego ser firmadas por los accionistas mediante el procedimiento de circulación del libro.

La falta de deliberación reconocida por un accionista minoritario al declarar en el expediente selló la suerte de este caso derivando en una teoría peligrosa, para el tipo de sociedad involucrada, donde las reuniones de socios o asambleas de accionistas no pasan de ser un acta predispuesta por un secretario de actas que las redacta y donde los socios y accionistas prestan su pleno consentimiento al firmarlas. Salvo vicio del consentimiento, la firma del acta implica consentir el debate y el sentido del voto.

En este sentido podemos asegurar que el propio artículo 251 LSC acepta esta práctica mercantil de la asamblea predispuesta al reconocer la capacidad del socio que votó por la afirmativa de impugnar el acto colegiado si logra acreditar vicio en el consentimiento. Este vicio puede darse tanto al momento de emitir el voto (acto colegiado propiamente dicho) o posteriormente al cerrarse el acta predispuesta.

## **XI.**

### **Inexistencia del acto jurídico colegiado (reconocido por el actor).**

El acto jurídico colegiado (*urg.*, las asambleas de accionistas y la reunión de directorio) exigen como requisito la existencia de un ámbito propicio para el debate, la discusión, el intercambio de opiniones y la consecuente emisión del voto. La pregunta que uno debe formularse es si la existencia de este ámbito propicio para el debate es un elemento esencial del acto jurídico de forma tal que su ausencia lo torna ilícito y lo que es peor inexistente.

Es notorio pero la asamblea celebrada en violación de la ley, el estatuto y reglamento está sometida a la acción de impugnación expresamente prevista en el artículo 251 LSC. La ausencia de asamblea: ¿a qué está sometida? Sin duda la falta de negocio jurídico nos saca del específico régimen societario y nos coloca de frente a las normas del derecho civil. La duda es la siguiente: ¿cuál es el régimen aplicable a los actos inexistentes?, ¿cuál es el régimen para subsanar un no acto jurídico? Uno podría concluir que aquella asamblea de accionistas del 18.05.2002 no fue otra cosa que una reunión de personas carente de efecto jurídico alguno. ¿Inexistencia o inoponibilidad?, ¿de qué estamos hablando?

Un dato no menor: el accionista demandó la impugnación del acto jurídico societario en los términos del artículo 1047 C.c.. Siendo esto así avaló y reconoció su existencia. Aquel no demandó la inexistencia o la inoponibilidad del acto, sino su nulidad absoluta por carecer de causa, ser doloso y fraudulento. O sea, solicitó la nulidad de un acto jurídico ilícito (pero existente). A pesar de esta medida del interés, el Tribunal se habría excedido dictando una sentencia a nuestro modo de ver, *extra petita* y arbitraria.

## **XII.**

### **La doctrina de la inexistencia: una llave peligrosa.**

Todos sabemos que es práctica vernácula la celebración de asambleas predispuestas mediante la firma de actas y circulación de los libros societarios entre los integrantes de la sociedad.

El modelo de asamblea deliberativa es un modelo propio de sociedades abiertas de capital difuso, podríamos decir sociedades cotizadas. En nuestro modelo de empresa familiar de capital concentrado el acto deliberativo (tal como lo propone el Tribunal) es contrario a los usos y costumbres de nuestro entorno fuente inspiradora del derecho mercantil. No hay nada de ilícito en la celebración de actos colegiados donde el debate, el intercambio de ideas y opiniones y la emisión del voto vengan predispuestos. No se exige para esto contar con el voto favorable del 100% del capital. Aún con disidencias fuertes entre los accionistas pueden seguirse estas prácticas sin que ello altere la esencia del negocio colegiado societario. Siendo esto así, con más razón para los accionistas disidentes (ausentes). La ausencia en el acto asambleario por no haber comunicado su participación (art. 238 LSC) habilita el camino del acto colegiado predispuesto. Es precisamente la presencia del socio disidente en el acto asambleario (lugar, fecha y hora propuesto por la convocatoria) la que obligaría a los restantes accionistas conformar el acto colegiado con

---

todas sus formalidades. Es aquí donde la ley sale en protección del socio disidente obligando a la sociedad a conformar la asamblea como un acto colegiado no predispuesto.

De prosperar la tesis de la inexistencia del acto asambleario por ausencia de deliberación, tal como lo propone la sala D, podemos anticipar una peligrosa llave maestra para el conflicto societario en sede de la anónima familiar.

Esperamos que estas reflexiones hayan sido de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen