

Real Estate y proyectos de inversión. Locación a 30 años y la
noción de orden público en la duración del contrato. Dos
precedentes ilustrados: los casos *International Hotel
Developments* y *Panamerican Mall*.

.



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director académico

Real Estate y proyectos de inversión. Locación a 30 años y la noción de orden público en la duración del contrato. Dos precedentes ilustrados: los casos *International Hotel Developments* y *Panamerican Mall*.

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 asamblearias, en especial en sociedades de familia. A continuación explicamos el caso:

I. El caso International Hotel Development (Sala G. 5 de septiembre 2004)

A. Los hechos:

1. **Pretensión de las partes:** Se considere inaplicable al caso el plazo máximo fijado por el Código Civil para la locación de inmuebles urbanos. EN subsidio: inconstitucionalidad del art. 1505 C.c.
2. **Fallo primera instancia:** Desestimó el planteo.

II. El criterio de la sala.

1. **Medida previa:** Se convocó a las partes a dos audiencias de explicaciones en las que expusieron verbalmente las razones por las cuales pretendían concluir el contrato a 30 años. Las partes agregaron los elementos requeridos con la finalidad de demostrar la seriedad del proyecto de inversión.
2. **El art. 1505:** *"El contrato de locación no puede hacerse por mayor tiempo de diez años. El que se hiciere por mayor tiempo quedará concluido a los diez años"*.
3. **Los fundamentos de la norma:** a) de economía social. Un arrendamiento "hace que la cosa no se mejore"; b) de movilidad del tráfico negocial (pues "sería sumamente embarazoso para la enajenación de las cosas") y c) de conveniencia para el régimen hereditario (para "no embarazar la división de las herencias")
4. **Aplicación de esos fundamentos al proyecto de inversión:** Ninguno de los motivos que llevaron al legislador a poner el límite de 10 años se encuentran configurados en el caso. La inquilina se compromete a realizar en el inmueble -que será destinado a la explotación hotelera- una obra de importante envergadura económica que le proporcione a aquél un nivel de excelencia, de acuerdo con la planificación que allí se menciona. Se estipula que dicha obligación constituye condición fundamental del contrato y se fijó un plazo al cabo del cual se prevén distintas posibilidades: (i) encarar la tarea bajo exclusiva responsabilidad de quien habrá de realizar la inversión y (ii) rescindir el contrato. También se prevé la estipulación de un plazo para la ejecución de las tareas y el comienzo de la explotación y se contempla, a su vez, la posibilidad de rescisión para el caso de incumplimiento, con la consiguiente indemnización en favor de la locadora. Se establece asimismo que esta última supervisará el estado y conclusión de las obras como así también que al término del contrato, el inmueble deberá ser restituido junto con las mejoras realizadas.-
5. **Intención de las partes:** No es la celebración de un contrato común de locación (exclusivamente) -esto es, aquél que simplemente se verifica cuando las partes se obligan recíprocamente al uso y goce de una cosa y al pago de la locación, sino que también ha sido su causa determinante la inversión que los locatarios procuran realizar para que este bien ubicado en un lugar estratégico de la ciudad y cuya fachada goza de la declaración de monumento histórico, pueda transformarse en un hotel de categoría. Este elemento es decisivo para interpretar la voluntad jurídica de las partes y confrontarla con el ordenamiento vigente.
6. **El proyecto de inversión:** El caso escapa al propósito que tuvo en miras Vélez al imponer un plazo máximo para la locación inmobiliaria. El tribunal no desconoce que las notas no forman parte de la ley, no puede

soslayarse su riqueza explicativa.

7. Se desvirtúa la primea razón (la económica): En el caso la introducción de mejoras de excelencia, como se las denomina, sin duda provocarán un incremento del valor venal de la propiedad.

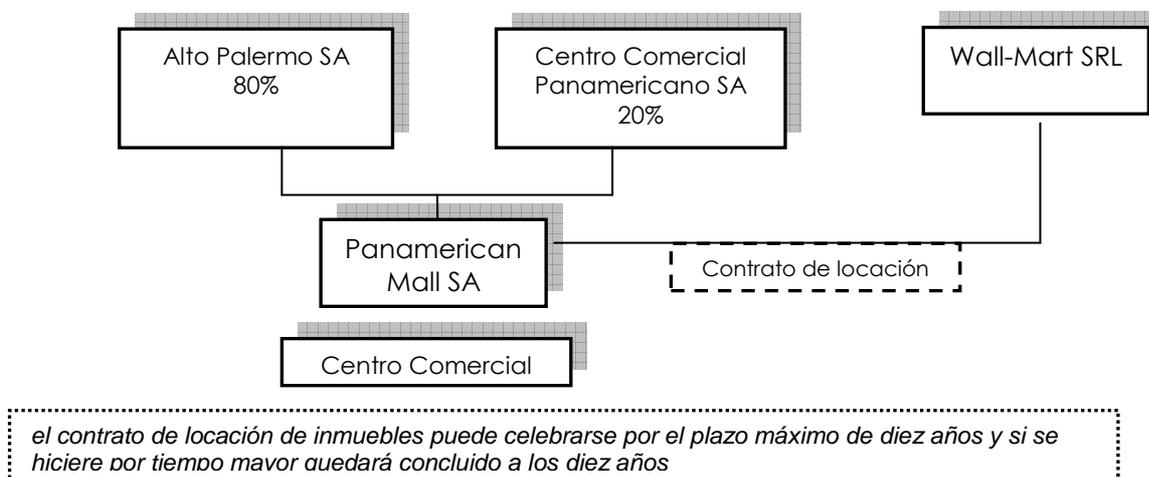
8. Se desvirtúa la segunda razón (el tráfico): Una inversión de la magnitud requiere un esfuerzo económico extraordinario para adaptar la finca y es, por tanto, legítima y razonable la expectativa de recuperar las erogaciones que habrá de realizar, para lo cual requiere de un plazo, también extraordinario, para no transformar en antieconómico el desembolso. Es comprensible, entonces, que para no frustrar el móvil que da sustento a tamaña inversión, los inquilinos tomen recaudos con la finalidad de no dejar librada a la voluntad de los órganos de la sociedad locadora las eventuales renovaciones futuras, que indudablemente generan incertidumbre o desasosiego sobre el futuro de la empresa que se proponen llevar a cabo

9. Se desvirtúa la tercera razón: (el hereditario): La locadora es una sociedad por acciones y tanto sus utilidades como su eventual disolución se rige por lo previsto en el estatuto o, en su defecto, por la ley 19.550. No sería correcto ni prudente anticipar desde ahora que la locación por el plazo solicitado tenga entidad para comprometer la legítima de los eventuales herederos de los accionistas, pues ello importaría poner en duda al propio tiempo si la constitución misma de la entidad societaria -figura jurídica admitida y alentada por el ordenamiento positivo porque atiende a las exigencias complejas de la sociedad actual- no tuvo por finalidad sustraer del patrimonio de cada uno de los socios bienes importantes del futuro acervo, conjetura que, por ser tal, tampoco es idónea para descartar la autorización que se solicita.

10. Orden público y derechos patrimoniales: Es claro, por otra parte, que las cosas alquiladas no salen del comercio y pueden ser vendidas. Y aun cuando es un dato de la experiencia que el valor de venta de un inmueble se resulta disminuido cuando se encuentra locado, lo cierto es que, en este punto, sólo podría resultar afectado el interés patrimonial, de índole individual de una de las partes, que es renunciabile.

III. El caso Panamerican Mall (Juez *a quo*. 3 de septiembre 2008)

A. Los hechos:



IV. El criterio del juez *a quo*:

1. Razones que motivan el pedido: La característica del hipermercado que se instalará, demanda una inversión muy importante y la construcción de una obra a medida, con rigurosas especificaciones técnicas. El contrato de locación es singular y surgen, además, innumerables obligaciones de las partes. Se trata de un engranaje fundamental para el desarrollo del proyecto comercial.

2. Orden público y plazo de locación: En la duración máxima del contrato de locación no está involucrado el orden público desde que las partes pueden volver a contratar sine die postergando la restitución del bien locado.

3. Plazo y retorno de la inversión: Las locaciones de establecimientos fabriles requieren de más plazo para poder amortizar las inversiones. Es lícito tener contratos de locación por plazos mayores a fin de poder amortizar las inversiones y el inmueble esté destinado a uso productivo.
4. Causa fin del contrato: Corresponde autorizar la celebración de una locación a 30 años si el móvil que la inspira ha sido la obra de importante envergadura económica. Resulta razonable la expectativa de Wall-Mart de recuperar la inversión en ese plazo.
5. Nulidad – orden público y prescripción: Al decidirse Vélez por el plazo de 10 años la cláusula de extensión del plazo no implica violar el orden público, la moral o las buenas costumbres, que en principio son los presupuestos limitativos a la autonomía de la voluntad y al derecho privado patrimonial.
6. Locaciones a perpetuidad: El pensamiento de Vélez tendía a evitar la inmovilidad del mercado a través de locaciones a perpetuidad o a largo plazo. Está claro que el *Shopping* en la época de Vélez no existía como empresa dedicada a la contratación y administración de espacios vía contratos de locación. Razones de economía social justifican la celebración de contratos de larga duración.

V. 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 nulorelativo 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 fútil 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