

Conflicto entre esposos. Sociedad Anónima.
Aumento de capital social. Emisión de acciones a la
par. Nulidades absolutas y relativas en las empresas
familiares. Un fallo destacado de la sala D. El caso
Mississippi Tour.



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director académico

Conflicto entre esposos. Sociedad Anónima. Aumento de capital social. Emisión de acciones a la par. Nulidades absolutas y relativas en las empresas familiares. Un fallo destacado de la sala D. El caso *Mississippi Tour*.

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 D dictó veredicto en el caso Mississippi Tour.

Sea éste quizás uno de los fallos más destacados en materia de nulidades societarias. El precedente Mississippi Tour rompe con una inercia doctrinaria del fuero mercantil donde las nulidades *absolutas* insanables e imprescriptibles en materia de aumentos de capital estaban a la orden del día. La sana doctrina sentada en el caso Mississippi Tour viene a ponerle un freno a la inercia derivada del caso Abrech c. Cacique Camping SA; precisamente de esta misma sala D, pero con otra composición.

Muchos habían expresado -en aquellos días- de que el precedente Cacique había sido un fallo de equidad, otros opinaron lo contrario y dijeron que se había hecho justicia aplicando el derecho en el más amplio sentido. Podríamos decir que la batalla intelectual era entre *Alberti vs Williams*

La buena noticia del caso Cacique fue, precisamente, aplicar a una nulidad societaria normas del código civil (4030 C.c.) escapando de la específica nulidad societaria expresamente prevista en el artículo 251 LSC que dispone un plazo de caducidad específico. La tesis era la siguiente: vulnerado el orden público, violado aquellos derechos irrenunciables de los socios, vulnerada las normas que hacen a los principios esenciales del derecho societario; o ante la existencia de abuso, fraude, simulación o dolo corresponde declarar: (i) la nulidad absoluta, insanable y por lo tanto imprescriptible o (ii) la nulidad relativa y por lo tanto prescriptible. La tesis del profesor Halperín combinada con las enseñanzas de los maestros Borda y Llambías caló demasiado profundo en el sentir de los jueces mercantiles, llegando hasta el hueso.

La idea de la nulidad absoluta en el específico ámbito societario y, en particular, en las contiendas donde se debatían cuestiones patrimoniales por aumentos de capital dolosos y fraudulentos, sonó como un canto de sirenas para los oídos de quienes tenían la obligación de impugnar el ilícito societario cuando se les había pasado el cuarto de hora: caducidad del plazo de tres meses (art. 251 LSC).

La tesis de la nulidad absoluta vino a purgar otro ilícito culposo: la mora del socio perjudicado en el ejercicio de sus derechos protectivos patrimoniales, y la negligencia en el ejercicio de sus derechos societarios.

Así las cosas durante muchos años la jurisprudencia del foro se debatió entre aplicar (o no) la tesis de la nulidades absolutas en el ámbito empresario dejando abierta la posibilidad de cuestionar, en cualquier momento, negocios empresarios de contenido patrimonial; y por lo tanto, generando incertidumbre; en particular en sociedades de tipo familiar donde la calidad de socio se termina desdibujando como consecuencia de vínculos afectivos donde la estructura societaria es utilizada por emprendedores inexpertos en el uso de estos

mecanismos específicos y sofisticados. A pesar de esta nota afectivo – filial propio de la empresa de familia, la sala D en el caso Mississippi, no se dejó conmovir.

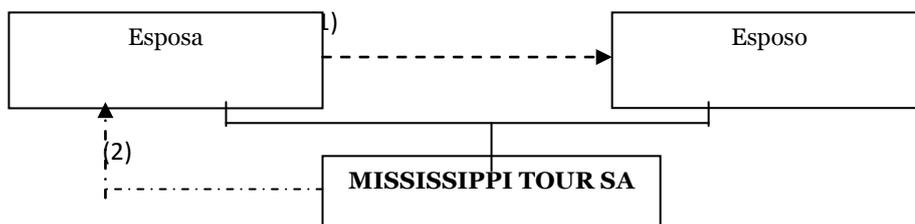
Un dato relevante: el fallo de la alzada adhirió al criterio del juez *a quo* fortaleciendo la idea de que la fiesta se está acabando, para quienes siendo socios de una mercantil, creen que son socios de un club de bochas.

A continuación pasamos a explicar los detalles del caso que esperamos sea de utilidad.

I. El caso Mississippi Tour (Sala D. 11 de mayo de 2011)

A. Los hechos:

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



1. Juicio de divorcio. Convenio de Disolución de Bienes Gananciales.
2. Aumento de capital + Notificación de edictos + La actora no suscribe el aumento. .
3. Asambleas ordinarias del 27.11.98 y 19.07.99

RECLAMO DE LA ESPOSA:

- (i) Nulidad absoluta del aumento de capital.
- (ii) El aumento de capital de llevó a cabo con el objetivo de despojarla de las acciones.
- (iii) Acto fraudulento. Uso abusivo de los mecanismos societarios.
- (iv) Solicita prescripción bianual – art. 4030 C.c.
- (v) Invoca doctrina del caso “Albrecht”

DEFENSA DEL ESPOSO:

- i) Nos encontramos frente a una nulidad relativa, si fuera nula la asamblea.
- ii) Corresponde aplicar el plazo de caducidad de tres meses del artículo 251 LSC.
- iii) Niega el uso abusivo y desviado de las formas societarias.

1ra Instancia: **1ra Instancia:** Rechaza la demanda.

- i) La acción caducó.

II. Criterio de la Sala.

1. Meollo de la cuestión de fondo: Hay que examinar si la inaplicabilidad del régimen de caducidad del art. 251 LSC no deriva de un supuesto de *nulidad absoluta* (por vulneración de las normas de orden público), sino por haberse configurado la circunstancia excepcionalísima de que, pese a tratarse de una *nulidad relativa*, la decisión asamblearia que dispuso el

aumento de capital constituyó un mero instrumento formal para la consecución dolosa de finalidades extrasocietarias.

2. Conducta dolosa y nulidad relativa: El dolo del demandado no está acreditado. Por tratarse de un supuesto de *nulidad relativa realizado con dolo* para obtener finalidades extrasocietarias, este supone que el acto afectado fue realizado a sabiendas y con propósito de dañar la persona o los derechos de otro. Como tal debe ser probado por quien lo invoca como hecho constitutivo de la pretensión.

3. Hechos invocados por la actora para defender la nulidad absoluta: i) ser la ex esposa del accionista que habría conducido en forma arbitraria, desordenada e irresponsable la sociedad, exhibiendo siempre pérdidas en los resultados de modo que no percibiera dividendos, cuando en rigor los verdaderos resultados arrojan una interesante rentabilidad. ii) haber aumentado ficticiamente el capital social mediante la utilización de testaferros, iii) haber convocado a una asamblea mediante la publicación de edictos de los que no tuvo conocimiento por haberse abusado de su buena fe y su desconocimiento en la materia, y se efectuó un aumento de capital de \$319.000 que no pudo concurrir por el mismo desconocimiento.

4. Relación conyugal y estructura societaria: El haber preexistido entre los socios una relación conyugal ya finalizada, no es concluyente en el ámbito patrimonial y en abstracto para presumir que la convocatoria a asambleas societarias mediante la publicación de edictos legalmente prevista por la L.S.: 237 constituya un obrar doloso y contrario a la buena fe, puesto que las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges pueden ser de todo tipo.

5. Convenio de liquidación de sociedad conyugal: Al tiempo de celebrarse el convenio tramitaba un incidente de liquidación de sociedad conyugal cuya materia litigiosa era la determinación de sus activos y pasivos, entre los que se encontraban las participaciones accionarias de la actora en diversas sociedades incluyendo a Mississippi Tours S.A. Del citado convenio surge que se pactó:

i) hasta que la esposa percibiera dividendos o remuneración por el cargo de director de la sociedad, su ex marido le abonaría u\$s5.000 mensuales como prestación alimentaria.

ii) La obligación alimentaria persistirá hasta que la actora comience (sic) a percibir ingresos derivados de sus tenencias accionarias, los cuales no deberán ser inferiores al importe convenido de U\$5000 mensuales.

iii) La actora a su vez cedía a favor de su ex marido los derechos económicos derivados de las tenencias accionarias que le fueran adjudicadas hasta el límite del importe abonado en concepto de cuotas alimentarias. Reintegrados al demandado los importes abonados en concepto de cuotas alimentarias, la demandada recuperará la plenitud de los derechos económicos derivados de sus tenencias accionarias.

6. Interpretación de los contratos: No parece ser este un convenio celebrado con dolo por parte del ex marido puesto que en el contexto general del convenio (c.com. 218:1) y en lo que aquí interesa, queda claro que aquel le aseguraba a la actora u\$s5.000 mensuales de alimentos con prescindencia de que la sociedad distribuyera dividendos.

7. ¿Ella es una inútil?: Ni los términos técnico jurídicos del convenio, ni la obtención de una suma mensual fija en moneda constante cualquiera fuere la suerte de la sociedad parecen indicar que aquel hubiera sido celebrado por una persona "desconocedora" de sus derechos. Aunque carece de firma de letrados difícilmente hubiera podido ser negociado y redactado por un inexperto en la materia.

8. Convocatoria a asamblea: Si bien el derecho positivo vigente incluye figuras societarias de todo tipo adaptables a las relaciones extrasocietarias de los socios, aquel contiene escasas previsiones generales sobre las relaciones de parentesco. Y la regulación de las SA no efectúa ninguna distinción sustentada en si los socios tienen o han tenido relaciones familiares o no. 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 se propició en el

caso "Abrecht P. A. y otra c. Cacique Camping S.A de esta sala. Tal conducta no es una regla jurídica general aplicable por un órgano judicial para juzgar conflictos de terceros.

9. ¿Negligencia de la actora?: No podía ser impensable para la actora después de un divorcio vincular y la suscripción del convenio de liquidación que la sociedad Mississippi Tour SA utilizara los procedimientos habituales para la convocatoria a asamblea previstos en la L.S.: 237 sin ninguna otra comunicación oficiosa.

10. Dolo del marido y conducta de la ex mujer: Para evaluar la existencia de una actuación dolosa del ex marido no puedo dejar de lado que siempre estaba la posibilidad de que la actora se interesara por 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 impugnara la asamblea, lo cual hace dudoso el dolo atribuido. Una conducta medianamente previsora y cuidadosa - de quien era titular del 25% de las acciones en una SA cuyo patrimonio es el buque "Mississippi Rivers" (valor estimado u\$s 700.000 y u\$s 1.000.000) - resultaba cuanto menos razonablemente exigible y esperable.

11. No hay conexión entre el dolo invocado y los hechos probados: No existe una conexión tan íntima entre los hechos examinados y el dolo atribuido que permita afirmar -sin ninguna duda razonable- la existencia de la utilización dolosa de formalidades societarias para obtener fines extrasocietarios = Nulidad relativa.

No se configura en el caso una excepción al régimen de caducidad de impugnación de la decisión asamblearia ajena al marco del artículo 251 derivado no ya de un supuesto de nulidad absoluta por transgresión del orden público, sino de haberse utilizado los mecanismos societarios como un mero instrumento formal para la consecución dolosa de finalidades extrasocietarias = NULIDAD RELATIVA.

III. Nuestro comentario.

A. Nulidades “absolutas” y “relativas” en el ámbito societario.

Desde hace varios años el instituto CEDEF, que dirijo, viene enseñando la compleja trama del régimen de nulidades en el específico campo del derecho de sociedades. Tenemos posición tomada al respecto: en la ley de sociedades hay muy poco espacio para las nulidades absolutas¹.

Es doctrina pacífica que los actos nulo absolutos son aquellos que atacan la moral, las buenas costumbres y el orden público (art. 18 C.c.). Dada la trascendencia social del interés tutelado por el orden jurídico, la violación a estos principios pilares del tejido social organizado impone la máxima sanción posible: la extinción del acto con efecto retroactivo.

En otro orden de ideas observamos que la magnitud del interés jurídico tutelado abre las puertas para que cualquier interesado pueda reclamar su nulidad, debiendo los jueces imponerla de oficio (art. 1047 C.c.).

Respecto del plazo para tachar la nulidad es también doctrina incuestionable que este tipo de nulidades carecen de plazo de prescripción no pudiendo las partes subsanar los vicios del acto nulo absoluto. Es tal el grado de repudio social que merece el acto celebrado en estas condiciones que aquel merece ser extinguido con todos sus efectos.

Se dice también – y nosotros estamos de acuerdo – que las normas que tutelan estos principios de moral y buenas costumbres son normas imperativas de orden público y por ende, no susceptibles de ser modificadas por las partes. Este tipo de normas imperativas son

¹ El lector interesado puede consultar en nuestra web el trabajo publicado por el CEDEF como WP “Orden público societario: ¿estás ahí?”, entre otros trabajos publicados y que pueden encontrarse en www.cedeflaw.org

la valla o el único límite impuesto por el sistema jurídico a la autonomía de voluntad o de configuración contractual (art. 1197 C.c.)

Desde esta perspectiva resulta indispensable precisar cuáles normas son imperativas de orden público que devengan nulidades absolutas y cuáles son las imperativas (no de orden público) que devengan nulidades relativas. Este análisis es vital y esencial pues nos conduce indefectiblemente al régimen de prescripción o de caducidad societaria. Quien desee profundizar sobre esta problemática lo puede hacer revisando nuestros Working Papers.

El caso Mississippi Tours atrapó nuestra atención por varias razones: (1) porque se trata de un aumento de capital cuestionado por uno de los socios bajo el argumento de que aquella variación de la cifra “capital social”, y consecuente emisión de acciones, tuvo por finalidad expropiar derechos patrimoniales del socio (la esposa) y por lo tanto aquel negocio jurídico fue realizado con dolo, con fraude y en forma abusiva, (2) se publicaron edictos para la convocatoria a asamblea y (3) se trata de un típico conflicto patrimonial dentro del marco de una sociedad anónima familiar, o en este caso puntual, diríamos, *sociedad anónima matrimonial*.

B. Aumento de capital doloso: ¿corresponde la nulidad absoluta?

Respecto de este punto el tribunal sentenció en tres párrafos lo siguiente:

“Para evaluar la existencia de una actuación dolosa del ex marido no puedo dejar de lado que siempre estaba la posibilidad de que la actora se interesara por 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 impugnara la asamblea, lo cual hace dudoso el dolo atribuido. Una conducta medianamente previsora y cuidadosa - de quien era titular del 25% de las acciones en una SA cuyo patrimonio es el buque "Mississippi Rivers" (valor estimado u\$s 700.000 y u\$s 1.000.000) - resultaba cuanto menos razonablemente exigible y esperable”.

“No existe una conexión tan íntima entre los hechos examinados y el dolo atribuido que permita afirmar -sin ninguna duda razonable- la existencia de la utilización dolosa de formalidades societarias para obtener fines extrasocietarios”.

“No se configura en el caso una excepción al régimen de caducidad de impugnación de la decisión asamblearia ajena al marco del artículo 251 derivado no ya de un supuesto de nulidad absoluta por transgresión del orden público, sino de haberse utilizado los mecanismos societarios como un mero instrumento formal para la consecución dolosa de finalidades extrasocietarias”

La sala D ha sido elocuente. Frente al argumento traído por la esposa sobre el uso torcido y disvalioso de la estructura societaria para la consecución de fines extrasocietarios (en nuestro caso la dilución por no suscribir el aumento de capital) el tribunal contestó con el argumento de que ese tipo de ilícitos conllevan a una nulidad de tipo relativa. O sea en la interpretación tanto del juez a *quo* como del tribunal *ad quem* los actos fraudulentos, simulados y dolosos – estando en juego derechos privados patrimoniales – no devengan nulidad absoluta, insanable e imprescriptible, sino nulidad relativa subsanable y prescriptible. Siendo esto así el tribunal entendió que corresponde aplicar el plazo de caducidad del artículo 251 = 3 meses desde la fecha de *cierre de la asamblea* (Tesis del Dr. Williams).

El fallo es acertado en este aspecto pues viene a poner un freno a los socios minoritarios oportunistas que, abusando de la tesis de la nulidad absoluta buscan anular negocios societarios habiendo transcurrido un plazo excesivo y más allá del previsto en la ley de sociedades.

La sala D expresó lo siguiente:

Por tratarse de un supuesto de nulidad relativa realizado con dolo para obtener finalidades extrasocietarias, este supone que el acto afectado fue realizado a sabiendas y con propósito de dañar la persona o los derechos de

otro. Como tal debe ser probado por quien lo invoca como hecho constitutivo de la pretensión.

El Tribunal confirma la tesis de que los actos dolosos o fraudulentos no conducen necesariamente a la nulidad absoluta. Los actos dolosos estando en juego derechos privados patrimoniales y por ende transables y subsanables son, por esencia, nulorativos. Este es el nudo gordiano del caso Mississippi Tour.

El tribunal no se ha dejado conmovir por la naturaleza familiar o filial del caso o sus vínculos afectivos. Más allá de la relación matrimonial habida entre ambos socios está claro que la sala D no entró en la trampa de la trama afectivo – matrimonial de las partes involucradas ciñéndose el juez a resolver el asunto desde la perspectiva de una sociedad anónima mercantil, como lo era el negocio de casino explotado por la empresa Mississippi Tours SA a bordo del navío Mississippi Rivers, principal activo fijo de la empresa cuya valuación se estimó en aproximadamente u\$s1.000.000.

C. Caducidad societaria y diligencia asociativa.

Sobre este punto el tribunal también deja una profunda lección, y sobre la cual nosotros hemos marcado en trabajos publicados anteriormente: *el régimen de caducidad societaria impone al socio un deber de diligencia propio de quien forma parte de un contrato plurilateral complejo y de organización de factores productivos.*

El plazo de caducidad de tres meses impone al socio adoptar todas aquellas medidas necesarias destinadas a proteger sus derechos patrimoniales, entre ellos el derecho a ser informado, el derecho de voto, el derecho al dividendo, el derecho de salida y, por último, el derecho a impugnar.

El tribunal critica la postura pasiva de la socia titular de un 25% del patrimonio social y dueña de una empresa con activos fijos de importante valor económico y generador de importantes flujos de caja. Este dato económico y patrimonial el tribunal lo tuvo muy presente a la hora de dictar su veredicto, pues aplicó la justa medida enseñada por Vélez: el deber de diligencia es proporcional al deber de estar informado.

Quien se encuentra negociando la división patrimonial de la sociedad conyugal habiendo celebrado acuerdos transaccionales, comprendiendo la importancia de los activos involucrados y siendo titular del 25% del paquete accionario de una empresa de juegos de azar, no puede alegar desconocimiento de los actos jurídicos llevados a cabo en la sociedad; entre nosotros, un aumento de capital y emisión de acciones. Si el aumento de capital fue incausado, fraudulento y realizado con el único objetivo de lesionar derechos patrimoniales derivados de los efectos propios de un aumento de capital no suscripto, el plazo para atacar dicho acto es de sólo tres meses. El acto fraudulento no conlleva a una nulidad absoluta.

El caso Mississippi Tour despeja esta incertidumbre: los socios de una mercantil deben actuar con suma diligencia en la protección de sus derechos patrimoniales y esa diligencia está dada por el ejercicio activo de los derechos protectivos que le confiere la ley 19.550. Sin duda la impugnación es uno de esos derechos y quizás, la herramienta más efectiva que tienen las minorías disidentes para hacer valer su posición dentro del contrato asociativo. Bien pudo la socia concurrir a la asamblea y hacerse informar sobre la necesidad financiera del aumento para, adquirida dicha información formarse juicio crítico para atacar el acto. Esto no ocurrió.

D. Publicación edictal y convocatoria a asamblea en empresas familiares.

Desde Abrecht a nuestros días este ha sido el “argumento de oro” de las minorías oprimidas. Mientras el juez Alberti entendió que *dada la relación familiar correspondía una más fraternal relación entre hermanos* (sic), y por ende, corresponde la notificación de la convocatoria a asamblea por otros medios más allá del edicto; la misma sala hoy, viene a torcer ese criterio entendiendo que no es necesario imponer a las sociedades anónimas mercantiles una más fraternal relación a la hora de tener que comunicar la citación a asamblea de socios. En este punto el tribunal muestra dureza y al mismo tiempo coherencia argumental: el socio de una mercantil debe ser diligente.

Es verdad que la falta de comunicación de la convocatoria en forma personal, y habiendo sólo realizado la edictal, pudo ser un eslabón más en la cadena fraudulenta; sin embargo el tribunal aún habiendo asignado a ese eslabón un rol importante en la cadena del fraude, ese dolo societario no conduce, necesariamente, a una nulidad absoluta. Y esta es la lección del caso.

E. Conclusión.

En síntesis, para la sala D el aumento de capital doloso con sólo publicación de edictos en empresas familiares está sujeto al plazo de caducidad de tres meses.

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen