

AUTOS: "Abrecht, Pablo A. y otra c/ Cacique Camping SA s/ sumario"

TRIBUNAL: CNCCom.; Sala D

FECHA: 01/03/1996

En Buenos Aires, el primero de marzo de mil novecientos noventa y seis, reúnen los señores Jueces de esta Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para sentenciar en la causa "ABRECHT, PABLO A. Y OTRA c/ CACIQUE CAMPING SA s/ SUMARIO", registro 263.548, procedente del Juzgado 26 (sec. 52), donde está identificada como expediente 7.843.

El señor Juez Alberti dice:

1. DOS EXPLICACIONES LIMINARES.

A) La peculiaridad de esta causa. Es esta una causa de muy desdichado contenido, como se advertirá a lo largo de mi ponencia. Ello demoró largamente la producción de mi voto; tanto por la necesidad de ponderar doblemente la solución para cerciorarme de su adecuación objetiva a derecho como también de su congruencia con los aspectos subjetivos del conflicto –algunos de ellos insolubles en tanto derivan de contingencias fatales–; cuanto porque el conocimiento del conflicto determinante del pleito impone la necesidad de calmar la desazón provocada por la contemplación de la desventura. B) Relación de estas actuaciones con otra causa mantenida por las mismas partes. Separadamente de esta causa, mediante expediente 53.268 radicado en el Juzgado 2 del fuero, los mismos actores atribuyeron diversos vicios a la asamblea que habrían celebrado accionistas de la sociedad demandada el 25.11.88.

Esa causa fue pasada a esa Sala por el tribunal al cual resultó adjudicada mediante sorteo, tras petición de la parte actora que la demandada consintió.

Ello me movió, con error como se verá, a intentar el estudio y la formulación de ponencia acumuladamente respecto de ambas controversias; o cuando menos simultáneamente.

Esa modalidad de trabajo fue inadecuada a lo extremadamente compleja de esta primera causa. El solo acumularle otros temas me condujo a elaborar apuntes tan extensos como de manejo dificultoso y extremadamente lento. Abandoné pues esa tentativa, y formularé la ponencia que me incumbe sobre este expediente; separadamente habré de pronunciarme sobre ese diferente juicio.

Ingreso al caso, cumplida esta exposición liminar.

2. LA PRETENSIÓN.

El conflicto de las partes ha sido la consecuencia mediata de una donación de acciones; la cual constituyó a su vez un anticipo de herencia del bien principal, sino el único relevante, del patrimonio del donante.

Don Carlos José Adolfo Abrecht es persona por dos veces casada, o acaso unida sin nupcias en la segunda ocasión, porque ello no ha sido develado ni es aspecto dirimente de la controversia. Fue padre de cuatro hijos, habidos dos de ellos en cada una de sus uniones. El 15 de marzo de 1985 esa persona donó la cuarta parte de la tenencia accionaria que describiré, a cada uno de sus cuatro hijos.

El donante mantuvo el usufructo de lo donado (ver contrato de donación copiado en fs. 7/89).

El donante poseía la mitad de las acciones emitidas por Cacique Camping SA. de modo que cada donatario devino en nudo propietario de un octavo del capital total de la sociedad emisora de las acciones donadas (o el 12,50 % de ese capital, para expresarlo mediante una relación porcentual). Los donatarios fueron Carlos Alberto, Sergio Augusto, Pablo Alejandro y Karin Sylvia; mencionados en el orden cronológico de sus nacimientos.

El 30.12.87 los dos donatarios de doble vínculo e hijos de la segunda unión del donante (esto es, Pablo Alejandro y Karin Sylvia Abrecht), incoaron esta causa para obtener la invalidación de tres asambleas de los accionistas de la sociedad emisora de las acciones objeto de aquella donación:

En primer término pidieron la declaración de nulidad de la asamblea (de la emisora de las acciones donadas) ocurrida el 18.8.87; en subsidio de esa invalidación de la asamblea, pidieron la declaración de nulidad del aumento de capital decidido en dicha asamblea, y aun en subsidio, pidieron la orden judicial de cancelación de aquellas acciones por emitir tras la elevación del capital y que hubieran podido ser suscriptas por los dos actores en relación con su preexistente tenencia accionaria.

Fue demandada también la declaración de nulidad de la asamblea ordinaria ocurrida el 30.10.87. Y también fue pedida la declaración de nulidad de la asamblea extraordinaria del 4.11.87 (fs. 168 y fs. 184/93).

Las actas de esas asambleas aparecen referidas en copias emitidas por el presidente y el síndico societarios, obrantes en fs. 261 la del acto del 18.8.87, en fs. 263 la del 30.10.87 y en fs. 265 la del 4.11.87. Parte de ese material volvió a ser producido, innecesariamente, dentro de la información requerida del Inspector General de Justicia y glosada de fs. 708 en adelante.

(i) Para simplificar la descripción formulada en la demanda, diré que fue atribuido a la primera de las tres asambleas (la del 18.8.87) haber constituido un acto fraudulento orientado con sorpresa de los dos accionistas pretensores, a reducir la medida de participación societaria de estos mediante el aumento de capital de la sociedad. Los actores, desprevenidos, no suscribieron las acciones emitidas para ejecutar esa elevación del capital; sucediendo que las acciones sujetas a su adquisición por los actores fueron suscriptas e integradas, en la terminología propia de las sociedades anónimas, por los dos hijos mayores del donante don Carlos José Adolfo, llamados estos Carlos Alberto y Sergio Augusto Abrecht. El aumento de capital habría sido innecesario en sí mismo, en la posición de los actores. Por efecto del tildado artificio, los dos descendientes del primer matrimonio del donante (Carlos Alberto y Sergio Augusto Abrecht) incrementaron su participación en la sociedad hasta una medida que dentro del nuevo capital importó constituir a aquellos en partícipes de la mitad virtual del capital accionario. Llamo virtual a esa mitad de la participación en el capital societario, habida por los dos hermanos mayores, porque perduró la tenencia accionaria donada a los actores. Pero esa invariada tenencia redujo su participación en el capital societario total tanto cuanto aumentó la participación de los dos hermanos mayores.

Para que sea claro el sentido inmanente de lo ocurrido es preciso referir que el capital accionario anterior a la impugnada elevación era de veinticinco mil australes; y que el incremento dispuesto fue de cien mil australes. En otros términos, el monto de la elevación cuadruplicó el capital preexistente antes de su aumento. La destrucción de la moneda argentina oscurece la significación presente de aquellas cifras; por lo que resulta más significativo atender la relación de los montos.

El extremo material indicativo de fraude cometido con la elevación del capital dispuesta en la asamblea del 18.8.87 residiría en la circunstancia de que la asamblea del 30.10.87 dispuso distribuir A 100.000 como dividendo en efectivo (fs. 164). Esa distribución

revelaría la innecesariedad de haber elevado el capital en A 100.000; pues el aumento de capital fue integrado entre el 21 de agosto y el 4 de setiembre de dicho 1987, y aproximadamente dos meses después fue dispuesto distribuir como dividendo, justamente, esa cantidad.

(ii) Menos clara, por no decir sencillamente muy oscura, es la identificación de los vicios atribuidos a las dos restantes asambleas impugnadas, constituidas por la ordinaria del 30.10.87, y por la extraordinaria del 4.11.87.

El catálogo de los presuntos defectos se extiende sin concreción desde el pie de fs. 189 hasta fs. 193. Atribúyese allí, como vicio de esas asambleas, no haber respetado su constitución las formalidades mayores impuestas por la elevación del capital dispuesta el 18.8.87. Me parece contradictorio imputar a ambas asambleas infracción de una consecuencia de la decisión de elevación del capital por la anterior asamblea del 18.8.87, cuya elevación los actores reputaron viciada; pues ese reproche es inaudible en tanto formulado por quienes litigan para invalidar lo que las dos asambleas posteriores habrían desatendido.

Tampoco explicaron los demandantes cual perjuicio o gravamen derivaría para ellos, con particularizado origen en la primera de estas dos asambleas; es decir, en la segunda de las tres asambleas impugnadas, la ocurrida el 30.10.87.

Los actores atribuyen a una decisión relativa nuevamente al capital, adoptada en la asamblea extraordinaria del 4.11.87, el defecto de habérsela acordado sin mención del tema en el orden del día enunciado en la convocatoria a dicha asamblea. No hallo identificado el perjuicio que habría seguido de ello.

3. LA RESISTENCIA.

La defensa societaria aparece formulada desde fs. 206.

Dicha defensa relató episodios de la ruptura de la segunda unión establecida por el donante con la madre de los actores; y de una invocada expulsión del domicilio familiar sufrida por el progenitor de los actores don Carlos José Adolfo. Ese domicilio familiar habría radicado en el inmueble antes propio del expulsado, vendido simuladamente o donado por este a la madre de los actores. Esas ásperas contingencias sucedieron en febrero de 1987.

(i) La defensa atribuyó al co-actor Pablo Alejandro haber dejado de concurrir a las reuniones del directorio, que integraba desde 1985.

Fue opuesta la caducidad del pedido de nulidad de la asamblea del 18.8.87, por formularse morosamente respecto del término enunciado por el art. 251 de la ley de sociedades comerciales.

La defensa invocó desde fs. 214 v. en adelante que la sociedad necesitaba con apremio esos cien mil australes, que constituían entonces la mitad de la venta mensual calculada sobre el promedio de los meses de agosto a octubre de aquel 1987. Las utilidades, distribuidas poco después, no impusieron una entrega de dinero contante y sonante sino acreditarlas en la cuenta llevada para cada director; acreditación que no habría llegado a cubrir las extracciones de dinero efectuadas por sus beneficiarios "durante el ejercicio anterior" (fs. 215). Varias consideraciones son expuestas en similar sentido, hasta fs. 216 vta.

(ii) La contestación de demanda contradujo los extremos que la parte actora describió como vicios de la asamblea del 30.10.87.

Apuntó sobre el primero de ellos, referido en el párrafo anterior de esta ponencia, que la realización de asambleas con la forma impuesta por el nuevo capital resultante de la elevación acordada el 18.8.87 devendría menester desde que tal elevación fuese aprobada por la inspectoría de sociedades.

Los restantes defectos atribuidos a esa asamblea del 30.10.87 fueron objeto de argumentaciones destinadas a convencer de la nimiedad de su materia. (iii) La regularidad de la convocatoria a la asamblea del 4.11.87 es sostenida con una argumentación similar a la referida en el precedente apartado ii). Argúyese que la exigencia de publicar la convocatoria en dos diarios hubo de regir desde la publicación en el Boletín Oficial del aumento de capital acordado el 18.8.87 (fs. 219).

4. LA SENTENCIA IMPUGNADA.

La sentencia de primera instancia fue pronunciada el 21.4.92, en fs. 1147/77. Pueden ser vistas desde fs. 1159 en adelante las consideraciones decisivas del veredicto.

Esa decisión atendió discriminadamente la impugnación dirigida respecto de las tres distintas asambleas de socios de la sociedad anónima demandada. (i) Con relación a la asamblea del 18.8.87 la base normativa de la decisión desestimatoria de la demanda residió en el LS 251: En tanto la pretensión invalidatoria no fue incoada dentro del trimestre posterior a dicha asamblea, se juzgó tardía la pretensión de invalidación. Fue expuesto que la limitación temporal establecida para incoar la acción de nulidad de una asamblea o de la decisión adoptada en ella podría no ser oponible a quien pretendiera esa invalidación mediante la atribución al acto asambleario de incurrir en un supuesto de nulidad absoluta. Esa consideración fue seguida de la apreciación de que los vicios, defectos o circunstancias invalidantes imputados por los actores a la asamblea del 18.8.87 no configuraron supuestos de nulidad calificable en derecho como absoluta (fs. 1161 a 1164, en la sentencia); porque la invalidación impetrada no estaría "enderezada a salvaguardar el interés social ni el orden público, sino >la medida de> la participación de los actores en la sociedad" (así en sentencia, fs. 1166).

El aumento de capital decidido el 18.8.87, pues este constituyó en sustancia el único objetivo de la asamblea de esa fecha, fue considerado objetivamente como innecesario; en la sentencia de primera instancia. Pero a la vez fue estimado que esa apreciación económica, formulable distanciadamente de la sociedad, no evidencia que existiese un vicio de carácter absoluto en la decisión asamblearia; pues aunque esa elevación de capital fuere considerada desatinada, el disponerla no excedió de las facultades legítimas de los socios reunidos en asamblea con capacidad de conducir la sociedad, cuya sociedad pertenece económicamente a los accionistas como un patrimonio afectado a operaciones lucrativas destinadas a producir un dividendo para beneficio de los partícipes en la comunidad cuyo capital fue elevado. (ii) El pedido de invalidación de la asamblea del 30.10.87 fue también desestimado. El análisis de los vicios atribuidos a la convocatoria y a aspectos ordenatorios de esa deliberación de los socios concluyó que los defectos atribuidos al acto carecieron de trascendencia para conducir a la invalidación de la asamblea. (iii) La situación de la tercera de las asambleas impugnadas, ocurrida el 4.11.87, fue apreciada en el párrafo cuarto de la sentencia con términos similares a los referidos en el apartado ii) con relación a la impugnación de la asamblea del 30.10.87 (fs. 1175/6). Fue juzgado que los pretendidos vicios que afectarían esa deliberación fueron similares a los atribuidos a asambleas anteriores; presuntos vicios apreciados como carentes de relevancia. A ello fue agregado que la imprecisión en la redacción del orden del día no configuró una irregularidad susceptible de invalidar la aludida asamblea.

5. LA APELACIÓN.

Esa sentencia fue impugnada el 18.9.92 con la presentación de fs. 1204/19.

La impugnación básica aparece en fs. 1205. Se atribuye a la sentencia no haber apreciado "la operación dolosa que despojó <a los actores> del 80% de su participación social ... porque <dicha sentencia> se sumerge únicamente en los detalles legales y técnicos que darían por nulas las tres asambleas".

De seguido la impugnación, con cierta contradicción consigo misma, reitera objeciones a los aspectos ordenatorios de aquella asamblea del 18.8.87.

(i) De todos modos, separada "la paja del trigo" para aprehender los elementos esenciales del cuestionamiento, es perceptible que la impugnación atribuye a la deliberación del aumento de capital en la asamblea del 18.8.87, hallarse afectada de nulidad absoluta. Tras una exposición mas bien docente sobre el régimen de nulidades, de cuya relación excuso, la parte actora invoca cierta producción bibliográfica que no cita conforme con la cual "un aumento de capital dispuesto con el único designio de reducir la participación relativa del socio minoritario en el capital, imposibilitado de ejercer el derecho de opción, fue resuelto como un caso de <abuso de> la mayoría por la Corte de Apelaciones de Milán. El tribunal comprobó que a los 4 meses de haber deliberado sobre el aumento de capital que el minoritario no puede suscribir, se resuelve distribuir un dividendo tal que compensó el desembolso provocado por el aumento impugnado" (fs. 1211).

Para concluir así, la impugnación había señalado porco antes que la deliberación del directorio relativa a la distribución en efectivo de A 100.000 como dividendo, acaeció el 2.10.87, día inmediato posterior a aquel en que se había concluido de integrar el aumento de capital que montó justamente A 100.000 (ver fs. 1210 v. in fine).

Concluyó la impugnación haberse configurado un abuso del poder de la mayoría, para hacer prevalecer los intereses personales de algunos socios; quienes con tal finalidad produjeron un acto contrario a buena fe y afectado de fraude (así, aunque con palabras acaso excesivas, fs. 1214 in fine).

Como última objeción trascendente respecto de la asamblea del 18.8.87 la impugnación señaló que el anuncio del aumento de capital decidido en esa asamblea, cuya elevación debió ser integrada a partir del 21.8.87, apareció en el Boletín Oficial recién el 25 de ese mes; con la consecuencia de que quien hubiera procedido sobre la base de tal forma de comunicación habría perdido ineludiblemente la posibilidad de ejercer su derecho de suscripción preferente.

(ii) La impugnación de la asamblea del 30.10.87 es sostenida recursivamente con el argumento de que ella sesionó sin quórum; en tanto el precedente aumento de capital del 18.8.87 determinaba para entonces la necesidad de una mayor concurrencia a dicho acto.

Resumo de esa manera la impugnación formulada en fs. 1214 v. en adelante, incurra en mi parecer en la autocontradicción que desentrañaré en el posterior parágrafo octavo de esta ponencia. Se atribuye a la representante de un accionista, actuante en la asamblea del 30.10.87, vicio de su voluntad por carencia de discernimiento sobre el acto; evidenciada porque testimonió en la causa "que solamente firmó que no votó ni opinó en ningún momento" (ver en fs. 1216 esta imputación).

(iii) La pieza de impugnación que estoy refiriendo no muestra ninguna impugnación de la decisión desestimatoria del pedido de nulidad de la asamblea del 4.11.87.

Luego de lo referido a la asamblea del 30.10.87, constitutivo del capítulo III desarrollado desde fs. 1214 v., el cual contiene a su vez apartados que llegan hasta la letra F en fs. 1217 vta., reaparece la nomenclatura "D" y se vuelve a la impugnación de la asamblea del 18.8.87. En ese punto se atribuye a la sentencia desatender la atribución a la demandada de incurrir en mala fe en la decisión adoptada en dicha asamblea. Luego la impugnación ingresa al apartado denominado "conclusión", visible en fs. 1219 del escrito que concluye en la vuelta de esa foja.

Con base en ello reputo que debemos considerar que la decisión desestimatoria de la atribución de nulidad a la asamblea del 4.11.87 se encuentra ejecutoriada; por ausencia de impugnación dirigida específicamente a este aspecto.

Esa ausencia no fue accidental sino conciente omisión: La misma parte actora impugnante expuso en otra parte de la expresión de agravios del siguiente modo:

a) En fs. 1204 v., punto 1), al sintetizar el objeto de la demanda, expresó que la demanda había perseguido "impugnar" ... las asambleas del 30/10/87 y 4/11/87 y solicitar la nulidad de la asamblea del 18/8/87", y b) En el apartado 8 de fs. 1206 v., continente de la denominada "Crítica específica de la sentencia" (punto I, 3), para referir el objeto de la demanda se mencionó "la impugnación de la asamblea general extraordinaria del 4/11/87".

Ese recordatorio de lo demandado no constituyó la formulación de una crítica concreta y razonada de la decisión desestimatoria de la invalidación pretendida respecto de la asamblea del 4.11.87; pues no se discurrió para demostrar la inadecuación del juicio formulado en la sentencia sobre esa asamblea del 4.11.87.

No advierto, pues, en parte alguna del escrito de impugnación un análisis crítico de la solución referida a la asamblea del 4.11.87; por lo cual estimo ejecutoriado ese aspecto de la decisión.

6. REGULARIDAD DEL DESARROLLO DE LA LITIS.

La constitución originaria de la relación procesal se mantiene regular, a pesar de la incapacidad de la coactora Karin Sylvia Abrecht.

Esta Sala advirtió, antes del acuerdo presente, que las actuaciones contenían referencias a una posible enfermedad mental susceptible de afectar la capacidad de la coactora Karin Sylvia. Se ejerció entonces la debida actividad tutelar. Ello tuvo un primer resultado negativo, porque el titular del Juzgado en lo Civil 25 de la Capital Federal informó el 22.3.95 que dicha pretensora "se encuentra en ejercicio de su plena capacidad civil" (respuesta en fs. 1294 vta.).

Pero sucedía casi coetáneamente con ello lo informado al tribunal por la Curadora oficial de alienados de los departamentos judiciales de Azul, Trenque Lauquen y Bahía Blanca. Dicha funcionaria participó a esta Sala que la Justicia de Primera Instancia de la tercera de esas ciudades había declarado incapaz por demencia a Karin Sylvia (testimonio de parte dispositiva de la sentencia del 21.4.95 producida por la Jueza en lo Civil titular del Juzgado 5 de Bahía Blanca, con actuación de su secretaria segunda, y nota de la Curadora doña Susana Beatriz Sicardi remitida desde su despacho público de Vicente López 157, piso 2do., también de Bahía Blanca, obrantes en fs. 1304/5).

Esa ingrata contingencia no afecta el desarrollo seguido por la causa hasta el presente, porque la controversia había finiquitado antes de ser declarado el efecto incapacitante de la enfermedad de Karin Sylvia. Cabe entonces sentenciar sin que sea menester por ahora una integración tutelar de la nombrada en la contienda.

Empero, la etapa de cumplimiento de la sentencia a que haya lugar necesitará de esa integración; aspecto que entiendo corresponderá mencionar en nuestro veredicto.

7. LA ELEVACIÓN DEL CAPITAL ACORDADA EN LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS DEL 18 DE AGOSTO DE 1987.

Tanto como es penoso informarse de los males de algunos de los contendientes sustanciales de esta litis, y el estudio de las actuaciones mortifica al lector sensible, no caben dudas de la procedencia de principio de la pretensión inicial de este juicio: La elevación del capital de la sociedad demandada decidida en la asamblea del 18.8.87 constituyó un artificio destinado a apartar a los dos actores de la participación en esa sociedad recibida de su padre, quien donó a cada uno de ambos el octavo de las acciones representativas del capital de la demandada.

A) Establezco inicialmente que la misma sentencia de primera instancia, aunque desestimó la demanda, declaró haber sido innecesario el aumento del capital decidido el 18.8.87.

Ello no fue decisivo, porque se juzgó que el vicio imputado por los actores a la decisión de la cual tratamos no configuró un supuesto de nulidad absoluta y manifiesta. Sobre tal calificación del vicio de la sentencia concluyó que su presunta existencia necesitó ser invocada en el trimestre indicado por el art. 251 de la ley de sociedades comerciales. Y al no haberse demandado en ese término, juzgóse extinguida la posibilidad de invocarlo (ver relación de la sentencia, en el parágrafo 4 y apartado i) de esta ponencia).

Es decir, la demanda resultó rechazada con base precisa en la consideración de que la pretensión no fue deducida dentro del lapso indicado por la LSC 251; cuyo texto vigente para la causa es el instituido en 1983 por la ley 22.903 y no ya el originario de la ley 19.550.

B) No poseyó el alcance de una consideración jurisdiccional conducente, sino que constituyó un obiter dictum, el que la misma sentencia expresara que el decidir ese aumento estimado objetivamente como innecesario, estuvo comprendido en la libertad de opción entre múltiples alternativas mercantiles que pertenece al gobierno societario; el resultado de cuya libertad resultaría irrevivable judicialmente.

Lo expresado en ese sentido en la sentencia, con otras palabras, impone formular tres

consideraciones: (i) La primera de ellas reside en que tal criterio de respeto de la libertad resulta inobjetable en el derecho argentino. Pero a la vez corresponde apuntar que la exposición de ese principio excede de la materia contenciosa, pues los actores no negaron esa libertad de opción de la asamblea societaria. En rigor, y aunque fuere insuficientemente expresado, los actores atribuyeron a la decisión adoptada en la asamblea del 18.8.87 una intención lesiva de aquellos, dado el modo en que aquella libertad fue ejercida entonces. Por esto fue innecesario afirmar la existencia de libertad para gobernar la sociedad; pues el tema por juzgar residió en determinar si la elevación de capital dispuesta el 18.8.87 estuvo viciada por una intención lesiva de los actores. (ii) En segundo término, es preciso establecer que esa consideración de la sentencia constituyó un obiter dictum. El rechazo de la demanda dispuesto en primera instancia derivó precisamente de la morosidad de su deducción. Resultó entonces extraño al cometido jurisdiccional que luego de establecida esa inoportunidad de la demanda, fuera emitido un juicio sobre el mérito de aquello que había sido antes declarado irrevivable en consecuencia de una circunstancia temporal objetiva. La emisión de un juicio obiter a lo dirimente del pleito causa en general gran daño a la sentencia, y a las partes del pleito. Porque, en tanto ese particular juicio ha sido superfluo, no sería menester impugnarlo; pero en cuanto ello fue expuesto, produce un indisimulable efecto porque provee una apoyatura concurrente de la decisión. En concreto, una manifestación vertida obiter respecto del conflicto, en la sentencia, no configura un aserto jurisdiccional dirimente; y no sería menester impugnarlo en sustancia una vez demostrada su impertinencia.

(iii) En tercer lugar, es menester esclarecer la incidencia en la solución de la litis de lo afirmado, implícitamente aunque sin expresión literalmente inequívoca, mediante la consideración de que decidir ese aumento de capital configuró ejercicio de la libertad de opción entre múltiples alternativas cuya valoración incumbe discrecionalmente al gobierno societario, sin caber la revisión judicial de lo preferido.

Esa exposición presupone sin expresarlo, que la decisión asamblearia fue verdaderamente el resultado de una libre apreciación de alternativas diversas. Pero ese presupuesto implícitamente vertido desatiende que la demanda se fundó en la negación de haber procedido la asamblea con libertad de opción entre alternativas diversas, porque según la posición de los demandantes esa libertad había sido sustituida por la intención de provocar una reducción en la participación societaria de los actores.

El obiter dictum analizado en este momento predicó ser respetable la libertad de opción en el gobierno de la sociedad; cuando lo controvertido residió en la intención con que fue decidido elevar el capital.

Se produjo así una confusión de dos aspectos diversos, constituidos por el reproche de los pretenses a la intención atribuida a los asambleístas, y por el juicio sobre la legitimidad de gobernar libremente la sociedad. Ello conduciría casi inadvertidamente a una solución incongruente con lo demandado.

Porque lo señalado en la demanda residió en el vicio de uno de los tres elementos de la voluntad jurídica (la intención), y sobre ello fue comentado que mediaba ejercicio legítimo de otro de esos elementos (la libertad).

De no mediar el impedimento o exceptio temporal, derivado de no haberse demandado dentro del trimestre posterior a la decisión asamblearia, y de proceder entonces ingresar al juzgamiento material de la causa, la cuestión decisiva no hubiera residido en contraponer a la atribución de dolo a la intención determinante del aumento de capital, la legitimidad del ejercicio de su libertad de decidir ese aumento por parte de los socios concurrentes a dicha asamblea. El discurso formulado de ese modo opone uno de los tres elementos de la voluntad, a otro; en una contraposición que resultaría insoluble por versar sobre elementos distintos.

El juzgamiento material o sustancial de la controversia necesitará superar esa contraposición

heterogénea, para juzgar la legitimidad de la voluntad asamblearia de elevar el capital. Este juicio habrá de fundarse en la indagación sobre el vicio que hubiere afectado a cada uno de los tres elementos constituyentes de la voluntad jurídica, que son sabidamente el discernimiento de aquello por decidir, la libertad para decidirlo, y la intención de decidir del modo en que lo fue exenta de dolo. C)

Vuelvo a la consideración temporal que fue decisiva en la sentencia impugnada. Apreciar la adecuación a derecho de esa consideración decisiva del pleito, relativa a la morosidad con que fue deducida la demanda respecto del término trimestral del nuevo art. 251 de la ley de sociedades comerciales, impone juzgar si existen pretensiones invalidatorias que escapen a ese término en razón de su particular contenido.

La sentencia impugnada estableció que ello es así. Esa excepción no fue aplicada a esta especie, porque se concluyó luego que la invalidación impetrada en esta causa no estaría "enderezada a salvaguardar el interés social ni el orden público, sino <la medida de> la participación de los actores en la sociedad" (sentencia, fs. 1166, como referí en el apartado 4. i) de esta ponencia).

Confluyen en ese dictum, decisivo de la sentencia apelada, varios elementos muy sutiles; que son alguno de índole formal, y otro cuando menos de índole fáctica.

C, i) En primer término, coincido con lo expuesto en la sentencia de primera instancia en el sentido de que alguna atípica, excepcional, resolución de asamblea "viciada de nulidad o anulabilidad absoluta" (así en sentencia, fs. 1163 in fine) pueda resultar impugnable luego del trimestre indicado por el art. 251 de la ley de sociedades comerciales. Además de esa calificación del vicio, fue considerado menester para habilitar una impugnación de asamblea tardía respecto del plazo del LSC 251, que la resolución adoptada fuese lesiva para lo que la sentencia de primera instancia denominó "interés social... <o> el orden público". Permítaseme agregar a esos dos extremos la observación concurrente de que para resultar afectados "el interés social... <o> el orden público" por una resolución habría incurrido también en extralimitación del gobierno de lo societario para ingresar en otra área; tanto resultara ostensible dicha extralimitación en la materia resuelta o la extralimitación a lo societario resultase perceptible solamente en los hechos encubiertos por la fórmula de la decisión.

La configuración de un supuesto como ese es previsiblemente infrecuente, excepcional. Y aún excluiría yo de la hipótesis expuesta de tal modo el supuesto de afectación del "interés social"; porque la delimitación de este es por demás imprecisa y cada asambleísta disidente clamaría artificiosamente que la resolución adoptada afectase lo comprendido por esa nebulosa noción.

Lo expuesto ahora no constituye un principio, sino la excepción al principio positivo contenido en el art. 251 de la ley de sociedades comerciales; y es previsible que la eventual aplicabilidad de tal excepción ha de resultar de la más extremada rareza en la sociedad económica.

En síntesis, aparece aceptable el criterio de que una resolución de asamblea de sociedad anónima sería impugnable fuera del término del LSC 251 cuando (1) el vicio de la resolución fuera calificable como nulidad o anulabilidad, absolutas, y cuando (2) lo resuelto lesionara el orden público. Admito que la noción de orden público tampoco es precisa totalmente; pero ella es más antigua que la de "interés social" que rechacé poco antes; y por lo tanto se dispone de una elaboración pretoriana y bibliográfica abundante que la delimita y que precave de su invocación verbosa y vacua. C, ii) En cambio, no tengo ninguna certeza de que la protección de la participación de los actores en la sociedad constituya un asunto de interés privado ajeno al orden público. Es decir, no comparto la consideración de que "... en el presente caso, ... la nulidad impetrada no está enderezada a salvaguardar ... el orden público, sino la participación de los actores en la sociedad" (así en sentencia, fs. 1166).

Determinar cuales aspectos de una sociedad comercial puedan llamarse de "orden público" es difícil. Propongo la siguiente reflexión para llegar a esa determinación: Ante todo, el "orden público" no se confunde necesariamente con la materia del llamado derecho público. La distinción entre los dos conceptos debe ser mantenida con particular empeño porque la similitud fonética tiende a establecer una entidad de esencias que no existe. Por ejemplo, tienen

alcance de "orden público" en la República Argentina las reglas de protección de los incapaces; aunque lo protegido por esas reglas sea la individual y particular persona del incapaz. Dicho lo mismo pero de un modo diverso y más abstracto, cabría expresar que existe un "orden público" en el derecho privado argentino; como paralelamente cabe la posibilidad de que no constituya cuestión de "orden público" alguna regida por el derecho público. En segundo lugar, el "orden público" tampoco es siempre ajeno a lo patrimonial. Corrientemente, la gestión y aún la protección circunstanciada del patrimonio son considerados asuntos del orden privado, -y ello es acertado-. Pero existen supuestos en que lo patrimonial adquiere carácter de cuestión de orden público. Por ejemplo, en la expropiación de un bien determinado, propiedad de una persona privada, es de "orden público" que medie una indemnización previa (const. nac. 17). Dicho lo mismo pero de un modo diverso y más abstracto -con cuya modalidad ya expuse en el párrafo anterior sobre otro matiz del tema-, cabría expresar que el "orden público" de la sociedad argentina organizada como un estado de derecho asegura la existencia de vías de defensa, efectivas, de los bienes patrimoniales.

La conclusión extraíble ahora de lo expuesto sub C, i) y sub C, ii) es que describir la pretensión como una defensa en sede judicial de la participación societaria de los actores no indica per se que esa cuestión litigiosa fuese extraña al orden público. Por ende no es posible aseverar todavía, ni hacerlo con esa sola base, que aquella pretensión hubo de ser propuesta en el trimestre indicado por la LSC 251.

D) Creo que la solución por dar a ese tema ordenatorio no será hallada a partir de presupuestos apriorísticos. Los elementos examinados, indicativos de soluciones contrapuestas (ha de regir el límite temporal de la LSC 251, o es apartable ese límite en algún supuesto), se consumen sin prevalecer ninguno de ellos.

Esa insolubilidad de la contraposición de conceptos indica que la conclusión ha de ser buscada en los hechos del caso; mediante la indagación de cual fuere el vicio atribuido a la resolución, y cual fuere la lesión producida por esa resolución.

Ingreso pues al examen de los hechos. E) Trataré de sistematizar los múltiples aspectos del conflicto de las partes agrupando sus elementos. E, i) La publicación edictal, posterior a la asamblea que decidió la elevación del capital, destinada a invitar a los accionistas a suscribir preferentemente las acciones que no fueran suscriptas por otros de ellos, apareció del 25 al 27 de agosto de 1987. Las fechas de integración de sucesivos tercios del valor de las acciones suscribibles por cada accionista en proporción con su tenencia primitiva, fueron el 21.8, el 28.8 y el 4.9, todos ellos de 1987. Las acciones representativas del aumento de capital que no fueran tomadas por otros accionistas en proporción con su primitiva tenencia, pudieron ser suscriptas e integradas dentro de los treinta días ulteriores a la publicación (copia del edicto, fs. 559).

Todos esos términos fueron respetados; en la posición 9na. puesta a los actores la sociedad demandada afirmó que la suscripción fue cumplida totalmente en término (fs. 539 vta. y fs. 542 vta.).

El dictamen pericial contable confirmó que Carlos Alberto Abrecht y Sergio Augusto Abrecht, los dos hermanos de un solo vínculo con los dos actores, los cuatro hijos de Carlos José Adolfo Abrecht, suscribieron por dos veces veinticinco millones de acciones. La primera suscripción fue efectuada por ellos como accionistas, el 18.8.87, y los segundos 25.000.000 de acciones no suscriptas por los actores, fueron tomados por aquellos el 29.9.87, e integrados el 1.10.87 (anexo 1 de la peritación del contador Alvarez, fs. 570, con el cual coincide el anexo "B" de la exposición del auxiliar técnico de la parte actora contador Luis, fs. 635).

Un primer elemento de juicio es extraíble de ello: la puntualidad con que fue ejecutada la resolución de elevación del capital. Volveré sobre este aspecto en el apartado F). E, ii) Como resultado objetivo de esa elevación del capital, la participación de cada actor en un octavo del capital social (en otros términos, eran tenedores cada uno de 3.125.000 acciones sobre una emisión total de 25.000.000 de acciones), resultó reducida a la cuadragésima parte del nuevo capital, representado por 125.000.000 de acciones. La nueva proporción derivó de la incidencia de sus conservadas 3.125.000 acciones, sobre el nuevo total de las acciones. Este es otro elemento objetivo de juicio.

E, iii) El tercer elemento de juicio es más relevante. (a) El dictamen pericial contable producido en la causa concluyó que "... desde el punto de vista financiero, no era necesario para la demandada recibir un aporte en dinero efectivo durante los meses de agosto y septiembre de 1987" (fs. 686).

La parte demandada cuestionó esa conclusión fs. 825; y lo hizo nuevamente en fs. 869, al formular una memoria contradictoria con una apreciación técnica provista en el mismo sentido por el consultor contable de la parte actora. La defensa insistió en las dificultades padecidas en 1987 por la economía de la sociedad demandada. El perito del juicio insistió en su tesis con la exposición de fs. 998/1000.

Un testigo, el contador Adler, síndico de la sociedad demandada (respuesta en fs. 769 in fine), mencionó en la respuesta de la pregunta 55ª. (fs. 771 in capit) una situación financiera "apremiante" en ese período, sin dinero en efectivo casi y con saldos deudores en cuentas corrientes bancarias, con disminución del ritmo de las ventas que hacían temer la carencia de medios para atender las cuentas de los proveedores. El testigo Ossvald refirió escasez de materia prima para la producción, en fs. 855 vta./6 in capit. La testigo Bullón mencionó requerimientos verbales de proveedores, aunque ninguno de ellos cursó interpelación escrita para ser pagado (fs. 903 vta., respuesta 115ª.).

Pero lo cierto es que las dificultades no fueron precisadas. El dictamen pericial contable no halló variaciones significativas en las ventas de 1987 con relación a 1986 (fs. 682). La aceptación de tal entendimiento técnico de las cosas dejaría sin justificación la elevación del capital resuelta en la asamblea del 18.8.87.

(b) La evolución de las ventas de la demandada, en 1987, se muestra en la información copiada en fs. 225, pasada por el síndico social a los actores mediante la carta sin fecha pero posterior al 23.2.88 e indica el monto más bajo de A 148.780,26 en octubre de 1987 y el más alto de A 400.144,88 en enero de 1988; con un promedio de A 259.667,04.

Ese elemento de juicio no es desatendible, aunque fuera presentado como "hecho nuevo" y como tal desechado en la resolución del 23.3.88 de fs. 237; pues acá es apreciado en su materialidad extrínseca y como un antecedente complementario que no modificará el juicio general sobre la causa.

Es extraño que predique la defensa la existencia de dificultades económicas necesitadas de ser cubiertas con la suma de cien mil australes, cuando las ventas de la sociedad proveían cada mes importes mayores a ese, haciéndolo aun en el mes en que menores fueron ellas.

Claro está que el monto de las ventas no se corresponde con un ingreso totalmente disponible como lo es recibido por la sociedad para formar el capital. Es sabido que del primero deben detraerse tanto lo necesario para solventar la producción y los costos de distribución, cuanto los gravámenes fiscales.

Pero la comparación demuestra que no hubieron de ser tan apremiantes las invocadas dificultades que habrían impuesto resolver la elevación del capital, porque el monto predicadamente necesario fue modesto; cuya modestia es revelada por la correlación explicada.

(c) A pesar de ello, supongamos argumentalmente la existencia verdadera de las dificultades de la actividad empresarial en 1987.

Ese supuesto pudo imponer tanto la elevación del capital, cuanto hubiera determinado a no entregar fondos anticipadamente a los accionistas y directores. Las prácticas de esas entregas de fondos fue informada por la sociedad misma; pues la demandada justificó la congruencia de la elevación del capital del 18.8.87 con la distribución de utilidades de igual monto resuelta en la asamblea del 30.10.87 (ver su acta copiada en fs. 263 vta.), diciendo que esa distribución no importó entregas efectivas de dinero al compensarse con retiros que habían colocado las cuentas de los directores en débito respecto de la sociedad. La explicación evidenció que mientras la sociedad experimentaría las invocadas dificultades, seguía entregándose a los partícipes dinero destinado a ser recuperado mediante una adjudicación futura de utilidades. Apunto incidentalmente que ha sido largamente criticada la práctica societaria de entregar

dinero a directores o accionistas, con la virtual función económica de "adelantar" dividendos. Pero ello es ajeno a mi mención del tema. En este punto de mi exposición estoy refiriendo ese procedimiento, admitido por la defensa, como un indicio respecto de cuestiones más trascendentales; y soslayo todo cuestionamiento de ese "adelanto" de dinero en sí mismo.

Este punto demuestra que permanece inexplicada la preferencia de la asamblea por la alternativa de elevar el capital, cuando otro tanto aproximadamente había sido entregado anticipadamente a los accionistas y directores antes de liquidarse y pagarse las utilidades, y fue poco después asignado como utilidades. La opción por una u otra alternativa fue ciertamente discrecional para la asamblea; y establecí antes que esa libertad está fuera de controversia. Lo observado ahora es el modo en que tal discrecionalidad resultó ejercida, el cual fue justamente perjudicial a los actores; y no ha sido explicada la preferencia por esa modalidad de hacerse de fondos respecto de otras alternativas posibles (consistentes, por ejemplo, en no "anticipar" dividendos a los accionistas, o en "apropiar" para su aplicación a la mas urgente necesidad financiera todo el producto de las ventas de un mes mediante el diferimiento negociado de los pagos por efectuar en igual mes).

E, iv) Lo expuesto inmediatamente antes lleva al cuarto elemento de juicio, constituido por la notable coincidencia dentro de menos de tres meses, de la resolución del 18.8.87 en el sentido de elevar el capital en cien mil australes mas sobre los veinticinco mil pre-existentes, y de otra resolución asamblearia del 30.10.87 que distribuyó utilidades justamente por cien mil australes, amen de asignar otros setenta y cinco mil australes a remunerar a los directores (ver sus actas en fs. 261 y fs. 263 vta.).

Ello fue legítimo formalmente; pero resulta extrínsecamente incongruente, y puede ser intrínsecamente reprochable. Es insatisfactoria la invocación, en este punto, de la libertad de la

asamblea para optar por un procedimiento o por el otro; porque la potestad de actuar de tal modo no equivale a una justificación de lo actuado (conf. apartado E, iii). Esta justificación fue exigible, porque el procedimiento adoptado resultó lesivo para los accionistas desatentos a las publicaciones edictales de convocación de asamblea y de convocación a suscribir acciones remanentes.

E, v) Los concurrentes a la asamblea de la sociedad demandada el 18.8.87, que resolvió el aumento de capital, no pudieron ignorar el desconocimiento en que de tal asamblea permanecerían los dos actores; a menos de ser aquellos informados por los restantes accionistas que son parientes muy próximos a ellos.

Los dos actores son sobrinos, hermanos de un solo vínculo, o primos, respecto de todos los demás asambleístas. Es inferible el conocimiento de los medios intelectuales y de los hábitos de los accionistas actores, por parte de los demás accionistas.

En la causa ha resultado obvia la calidad virtual de "sociedad de familia" de la demandada, con la nómina del directorio establecido en la asamblea del 1.6.87 (acta copiada en fs. 260). Entonces fue instituido un directorio de siete personas del mismo apellido epónimo con la sociedad: Carlos José Adolfo Abrecht <padre y donante de las acciones>, Jorge Federico Pablo <hermano del anterior y padre o

tío de los restantes directores>, Carlos Alberto, Marcelo Jorge, Sergio Augusto, Eduardo Jorge y Gerardo Jorge Abrecht <los cinco, sobrinos o hijos de aquellos dos primeros>. Situación similar se configuró luego de la reducción a seis del número de directores, en la asamblea del 30.10.87; en la cual fueron reelectos todos con exclusión de Carlos José Adolfo Abrecht designado presidente honorario en la asamblea del 4.11.87 (fs. 263 vta. y fs. 265 vta.). El testigo Tossenberger, antes

empleado administrativo de la sociedad demandada, describió la realidad interna de esta sociedad como la propia de “una familia” (fs. 804). El actor Pablo Alejandro había trabajado en la sociedad en relación con su “medio hermano” Sergio Augusto (declaración de Rodolfo Ossvald, en fs. 857 vta.). Las rencillas del cofundador de la sociedad y donante de sus acciones a sus cuatro hijos, con los dos habidos de la segunda unión de aquel, eran conocidas aun de algunos dependientes de la sociedad (declaración de Adoración M. Bullón, en fs. 804

vta. y fs. 805). El cofundador de la sociedad, don Jorge Federico Pablo Abrecht, había comisionado a una empleada de la sociedad para trasladarse hasta el domicilio del mencionado Pablo Alejandro, quien aun siendo director hasta el 1° de junio de 1987 (acta de asamblea de esa fecha, copiada en fs. 260), había dejado de concurrir al establecimiento de la empresa común al punto de provocar inconvenientes en alguna operación bancaria (declaración de la misma testigo Bullón, en fs. 790 vta.). Tanto la testigo Dworschak de Abrecht cuanto el testigo Adler afirmaron que el actor Pablo Alejandro no fue localizable para la sociedad, dijo la primera (fs. 768 vta. in fine), y de imposible localización describió el segundo, hasta recibir carta de aquel mediante la cual este testigo conoció el nuevo domicilio (fs. 771 vta. in fine y 772 in capit).

La testigo Adoración Martha Bullón (fs. 789 y ss.) dio cuenta de la internación del padre de los actores en febrero de 1987 en la clínica llamada Badaracco, del impago de la cuenta de la internación y asistencia durante dos días y su atención por la sociedad demandada (fs. 790 vta. in fine), y de la dificultad para localizar al actor Pablo Alejandro luego de que este dejó el domicilio de la calle Madero 1835 (fs. 792, y en similar sentido, fs. 902, respuesta 44ª., fs. 902 vta., respuesta 76ª.). También la testigo María Antonia Correa de Quintas, vecindada en las inmediaciones de la casa familiar de Madero e Hipólito Irigoyen, fue solicitada por Jorge Abrecht para que requiriera al actor Pablo Alejandro comunicarse con la empresa, gestión frustrada porque la testigo pasó por la casa de la calle Madero (esto debe inferirse porque el acta es poco explícita) y la encontró cerrada (fs. 808). Similar fue la información del testigo Ossvald (fs. 855 in fine y fs. 857 vta. in fine, pregunta 49ª). De similar gestión, con similar debilidad, expuso el testigo Tossenberger en fs. 804 vta. Ello hace temer que los accionistas mayoritarios, hartos de la ausencia de Pablo Alejandro, y de la carencia de contribución a la empresa común de Karin Sylvia quien nunca había sido incorporada por sus padre y tío a la actividad (quizá porque se preanunciaba la enfermedad que ahora la aqueja), optasen por resolver una elevación de capital, del cual esas dos personas previsiblemente no habrían de informarse, para reducir la importante participación de un octavo del capital que cada uno de estos tenía por el solo mérito de una donación que constituyó, en sustancia, un virtual anticipo de su sperable caudal hereditario. No sostengo, por cierto, que los accionistas mayoritarios estén sujetos universalmente al deber de participar la realización de las asambleas de modo directo y hasta esforzado, a otros accionistas ausentes, disidentes, o simplemente distanciados de la sociedad. Pero la ausencia de tal comunicación, cuando es próxima la vinculación familiar tanto como profundos los motivos de rencilla, y lo insólito de esa elevación del capital seguida de una equivalente distribución de utilidades, justificaron alguna mas fraternal o siquiera caritativa información fuera de la publicación edictal. Por ejemplo, en la declaración

de la testigo Correa de Quintas, en fs. 808, se informó que no dejó una nota escrita luego de llamar infructuosamente en el domicilio entonces conocido de Pablo Alejandro. La omisión de advertencia directa sobre la realización de la asamblea no es reprochable in abstracto, pero mueve a sospechar si esa gestión persiguió verdaderamente localizar a la persona; o si se buscó simplemente cerciorarse de que ella no estaba allí. Aunque, en orden a atenuar esta sospecha, es preciso recordar que la testigo Adoración Martha Bullón dijo haber enviado al actor algunas cartas simples (no certificadas), como surge de fs. 792 in fine; y que el testigo Ossvald dejó un sobre a mediados de junio de 1987, como surge de fs. 855 vta. Es manifiesto, empero, que no se insistió en informar mas inequívocamente al actor Pablo Alejandro del aumento del capital.

E, vi) Es innegable el conflicto familiar que distanció a los protagonistas virtuales de este pleito, quienes no son dos personas individuales y una sociedad, sino dos partes de una familia. Ese conflicto ha de haber sido, previsiblemente, tanto más áspero cuanto más próximos estaban sus protagonistas.

La discordia afectó inequívocamente el vínculo filial del fundador Carlos José Adolfo con sus hijos accionantes en este pleito; al punto de que el primero demandó, tiempo después de ser promovido este pleito, la revocación de la donación de acciones efectuada para estos dos donatarios. El donante arrepentido atribuyó a sus donatarios incurrir en diversas ingratitudes y desatenciones, por denominar discretamente lo invocado en la causa cuyas sentencias están incorporadas al expediente (verlas en fs. 1190 y fs. 1247).

Lo cierto es que esa pretendida revocación fue desestimada mediante sentencias de ambas instancias. Este es otro elemento atípico absolutamente, cuya ponderación resulta imperativa para preservar la coherencia del orden jurídico. Ha de atenderse que la reducción de la participación societaria de los actores equivaldría, en términos económicos, a una reducción de aquella donación. Me excuso de desarrollar este aspecto que es claro para el conocedor de derecho, y que los letrados explicarán a sus patrocinados.

F) Pienso que tras el desarrollo seguido hasta el punto presente, debo establecer una conclusión. Contamos con suficientes fundamentos fácticos en lo explicado.

Nos hallamos ante una situación anormal, resultado de la confusión de desventuras familiares con conflictos patrimoniales; conflictos que acaso encierren sustancia mas sucesoria que societaria.

En este contexto, es apreciable lo siguiente: (i) Una mayoría familiar homogénea de accionistas, merced a una elevación del capital, redujo a la quinta parte de ella misma la participación societaria de dos personas individuales donatarias de acciones –la revocación de cuya donación fue desestimada en el pleito al cual incumbió decidir sobre ello–.

(ii) La elevación del capital fue practicada, con regularidad extrínseca, en tiempos tan puntuales y dentro de un ambiente de distanciamiento de los accionistas tan evidente, que fue previsible que los dos infelices actores no hubieron de informarse siquiera sobre la realización de la asamblea.

(iii) La participación que de ese modo perdieron los actores fue tomada solamente por los dos “medios hermanos” de las víctimas de ese artificio. Los demás accionistas respetaron la composición del capital societario por mitades, tenidas respectivamente por dos hermanos y los descendientes de cada uno de ellos. Ese incremento de la participación societaria de los dos hijos mayores de Carlos José Adolfo Abrecht no respondió a una adquisición franca de la cuota de los accionistas afectados, sino a la suscripción de las acciones no tomadas por estos; a cuya omisión de suscripción fueron llevados los ausentes merced a la sorpresa provocada por la

mayoría de los socios y parientes con la súbita celebración de asamblea que fue imprevisible, aunque posea la calificación positiva de ordinaria (ley de sociedades comerciales, art. 234).

(iv) La elevación del capital, en sí misma, no fue aplicada inequívocamente a un nuevo emprendimiento, o a una consolidación perceptible en la sociedad.

(v) Y lo obtenido por la sociedad como aporte correspondiente a la elevación de su capital resultó equivalente a las utilidades que la sociedad distribuyó formalmente menos de tres meses después, y que ya había "anticipado" con entregas pecuniarias.

Cada uno de esos elementos puede ser justificado argumentalmente. Pero el conjunto constituido por ellos infiere la intención jurídicamente inválida de utilizar la estructura societaria para ordenar una relación familiar, haciéndolo del modo que pareció adecuado a los dos socios mayores y a la mayoría de los hijos de ellos.

Es preciso admitir que la desaparición de Pablo Alejandro de la actividad societaria, en la cual aparentemente nunca se integró con la eficacia con que lo hicieron sus hermanos o primos, pudo provocar el fastidio y hasta la mas justificada irritación de su tío, de su padre, de sus hermanos y de sus primos. Aun parece que el actor Pablo Alejandro ha profesado como religioso, sin haber ordenado sus relaciones con sus familiares; a estar de alguna mención formulada en la sentencia de primera instancia del pleito de revocación de la donación. Pero la consecuencia que ello pudo sustentar no fue aplicable del modo en que procedieron los socios de la sociedad demandada.

En sustancia, el tener todos los miembros de una familia su patrimonio en una misma sociedad llevó a que el conflicto de una de las ramas de esa familia adoptara la forma de procedimientos sociales. La literatura jurídica universal está llena de consejos adversos al anticipo de la herencia, que fue lo hecho por el padre de los actores mediante la donación de sus acciones; desde que en el siglo XVII francés se fijó el dictum según el cual herencia anticipada, padres abandonados. Pero no predicaré sobre el desacierto de aquella remota donación, ni sobre la anterior displicencia de los actores, ni sobre la inferible irritación de los familiares de aquellos que constituyen la gran mayoría societaria y procedieron del modo examinado. Solo postulo ser obvio que ningún tribunal de derecho del mundo occidental autorizaría el uso desviado de vías societarias, para dirimir del modo en que lo fue, un conflicto familiar desventurado.

Ahora el coactor Pablo Alejandro habrá realizado acaso su vocación religiosa, pero se ha privado de participar de la empresa fraternal mantenida por esa familia, y ha privado a ese grupo familiar de su contribución tanto material cuanto subjetiva. La otra actora es una enferma incapacitada; sobre la cual solamente cabe pronunciarse con piedad. El segundo de los hermanos mayores ha fallecido víctima de enfermedad tan incurable cuanto acompañada de las más dramáticas connotaciones. El mayor de esos cuatro hermanos habrá de afrontar, en soledad, el mantenimiento de la actividad empresaria, en cuanto concierne a su rama de ese grupo; pero sin contar con asistencia fraternal ninguna y sometido por ende a una trabajosa perspectiva. El tío de los actores, y los descendientes de este otro hermano fundador, habrán sentido el disgusto de presenciar la tragedia familiar. Mas nada de ello, hartado doloso, habilita para franquear mediante una sentencia judicial el éxito de la suma de artificios ordenados intencionalmente con una finalidad perceptiblemente expropiatoria de la participación societaria de los actores. No es permisible la tentativa de corregir un mal, mediante la comisión de una infracción del derecho; ni haría el bien la tolerancia judicial de tal infracción. G) La conclusión ha de ser fundada positivamente, conforme el cciv 15. Cuanto mas tempestuoso haya sido el conflicto, y ardua la controversia, mas ha de cuidarse la adecuación a la ley de la solución; para que esta restablezca la vigencia del derecho.

Las normas societarias no proveerán ese fundamento positivo; porque ellas han sido establecidas para ordenar la formación de capitales destinados a la actividad patrimonial lucrativa.

Sería impropio de la naturaleza de la controversia por dirimir, el inquirir su solución en esas normas; cuya finalidad es muy diversa.

La circunstancia de que el conflicto familiar se haya constituido en una controversia aparentemente societaria es una contingencia absolutamente accidental; consecuencia del modo en que ordenaron su patrimonio los hermanos Abrecht de la primera generación partícipe de la sociedad.

La modalidad asumida por el conflicto no indica pues su naturaleza ni su subsunción normativa. La naturaleza del conflicto que describí remite a la subsunción de la solución del pleito en las normas, de mayor generalidad que las societarias, contenidas en las partes generales de los códigos. En esas reglas mas amplias está indicado como proceder en situaciones inusitadas como la conocida en este acuerdo. Creo que esta es la subsunción normativa que proveerá la solución al insoluto tema de la aplicabilidad en el caso del límite temporal de la acción indicado en la LSC 251.

H) En la materia de la prescripción o caducidad, la acción presente escapa, por su naturaleza, al límite temporal del art. 251 de la ley de sociedades comerciales.

La elevación artificiosa del 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 cciv 4030, disposición aplicable a la sustancia del conflicto. Este conflicto no residió en un disenso sobre la actividad de la sociedad, sino en el desapropio de la participación en la sociedad cometido por unos accionistas contra otros, todos parientes.

I) En lo sustancial, es apreciable que la elaboración de un acto solo extrínsecamente societario, obra de una voluntad cuya intencionalidad fue ilegítima porque tendió al desapropio de bienes de otros, configuró un supuesto inequívocamente reprobado por el cciv 953.

El objeto de la resolución formulariamente societaria, de elevación del capital, constituyó intrínsecamente el resultado de una maquinación ilícita de los parientes constituyentes de la mayoría societaria, contraria a las buenas costumbres, opuesta a la libertad de disposición de la tenencia accionaria que se intentó expropiar a los actores, y patrimonialmente perjudicial para estos.

Aun aceptado argumentalmente que los actores fueran malos hijos, y peores partícipes de la empresa (como temo que lo fueron); esa resolución de elevación del capital adoptada en la asamblea del 18.8.87 es nula, como si no tuviese objeto; porque su finalidad material la constituyó en una ilicitud.

8. LA PRESUNTA NULIDAD DE LA ASAMBLEA ORDINARIA OCURRIDA EL 30.10.87.

A) Referí antes no haber sido claro para mi cuales fuesen los vicios en que hubiere incurrido la

asamblea ordinaria del 30.10.87, ni cuales las consecuencias gravosas seguidas para los actores de las resoluciones adoptadas en esa asamblea. En todo caso, es dudoso que constituyan vicios de esa asamblea del 30.10.87 las meras consecuencias de lo acontecido en una asamblea precedente; pues cada uno de esos actos ha de ser apreciado autónomamente.

También ese pedido de invalidación fue desestimado; por juzgarse que lo atribuido a aspectos ordenatorios de esa asamblea careció de trascendencia para aquel fin.

La pretensión originaria fue sostenida recursivamente con el argumento de que la asamblea del 30.10.87 sesionó sin quórum; en tanto (i) la elevación del capital resuelta el 18.8.87 determinaba para el tiempo posterior la necesidad de una mayor concurrencia a dicho acto, y porque (ii) la voluntad de la representante de un accionista asistente a esa asamblea careció de discernimiento sobre el acto al cual habría aportado solamente la firma del acta.

B) Esa constitución de la cuestión recursiva no aportó un elemento imprescindible para la atención de una pretensión invalidatoria, cualquiera fuese el alcance de tal invalidación; elemento constituido por la lesión de quien impetrara el remedio del vicio.

En otros términos, los actores no ilustraron al tribunal sobre cual perjuicio se ha seguido para ellos de lo resuelto en la asamblea del 30.10.87. No han precisado los actores que los defectos atribuidos al estado contable anual hubieran incidido en el dividendo por percibir, no ha perjudicado a los actores el supuesto vicio de la voluntad de la representante de otro accionista, y no se precisa que la llamada "falsedad" de la memoria anual del directorio y del informe sindical societario excedan del campo de la opinabilidad de las apreciaciones referenciales para ingresar en el terreno de la afirmación mendaz.

C) A pesar de ello revisé nuevamente el acta de dicha asamblea, copiada en fs. 263, atento que la coactora es actualmente incapaz y procede apreciar tutelarmente su interés en este pleito.

Allí fueron designados los accionistas que firmarían el acta, aprobado un llamado "revalúo contable", aprobados los estados contables anuales, dispuesta la distribución de las utilidades y asignados honorarios a los directores y síndicos –incluso el actor Pablo Alejandro-, y electos directores. No se advierte que lo resuelto perjudique derecho material alguno de la codemandante Karin Sylvia (como tampoco de su hermano Pablo Alejandro, pero en cuanto a este concierne lo expuesto antes hubiera sido suficiente).

D) Concluyo pues que la impugnación de este aspecto del veredicto de primera instancia ha de ser desestimada por insustancial.

9. CONCLUSIÓN.

Considero que la sentencia, que fue absoluta íntegramente, ha de ser revocada parcialmente; para estimar la demanda e invalidar la resolución de elevación del capital adoptada en la asamblea de la sociedad demandada del 18.8.87.

En cambio considero que ha de ser desestimada la insistencia en obtener las dos restantes peticiones de invalidación de la demanda; la una improcedente (conf. parágrafo octavo) y la otra infundada (conf. apartado iii) del parágrafo quinto).

Creo que las costas de ambas instancias han de ser impuestas a la parte demandada, para ser reguladas con base en aquello en que la demanda ha de progresar según mi análisis del caso. Esta fue la materia relevante del juicio, en medida tal que el fracaso de las dos restantes peticiones resulta insignificante. Por cierto que habrá de advertirse a la sociedad demandada que deberá distribuir las costas de modo tal que no afecten los derechos patrimoniales de los actores en cuanto socios de la sociedad demandada; afectación poco previsible a estar de los antecedentes presentes, pues el donante de las acciones conservó el usufructo de ellas.

Nada más.

Los señores Jueces Cuartero y Rotman adhieren al voto precedente.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan

(a) Confirmar en general la desestimación de las peticiones de invalidación de las asambleas de

Cacique Camping del 30.10.87 y del 4.11.87;

(b) revocar parcialmente la sentencia de fs. 1147/77, y declarar nula la resolución de elevación del capital adoptada en la asamblea de la antedicha sociedad del 18.8.87;(c) imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada, con la advertencia expuesta en el parágrafo noveno de la ponencia;(d) diferir la consideración de los honorarios hasta ser regulados los devengados en la primera instancia, y

(e) disponer que en la etapa de cumplimiento de esta sentencia se asegure la intervención en la causa de representación tutelar de Karin Sylvia Abrecht.

CARLOS MARIA ROTMAN – FELIPE M. CUARTERO – EDGARDO MARCELO ALBERTI

Héctor Osvaldo Chomer. Secretario