

"Macchi Cecilia Laura c/Merello de Macchi Angela Josefina y otros s/ ordinario" – CNCOM – SALA F – 02/11/2010

Buenos Aires, 2 de noviembre de 2010.//-

Y Vistos:

1. Viene recurrida por la accionante, la decisión de fs. 185/190 que rechazó in límine la acción por entenderla propuesta por quien carecía de legitimación activa.-

2. Juzgó el a quo que si bien la peticionante aparecía registrada en calidad de accionista de la sociedad demandada -en virtud del acto jurídico instrumentado en la Escritura n° 47 y que se agrega en fs. 18/22-, por convención allí efectuada entre donantes y donatarios, el ejercicio de los derechos políticos quedó en exclusiva cabeza de los primeros hasta la muerte del último de éstos -que, dicho sea de paso, también se habían reservado el usufructo de tales acciones, vide cláusulas segunda y séptima-. Con lo cual, sería su madre, Sra. Angela M. de Macchi, y no a ella, a quien asistía la facultad de accionar.-

Descalificó de seguido la construcción argumental utilizada por la promotora para procurar la nulidad de la donación llevada a cabo el 12.6.2000, por cuanto no () había mediado una acción formal, directa y concreta contra dicho acto jurídico, a partir de la cual pudiera desacreditarse la validez del pacto para acrecer recíprocamente entre los donantes.-

Luego de derivar sobre la temática inherente a la transmisión mortis causa de las participaciones accionarias y brindar su interpretación sobre los arts. 3417 Cód. Civil y 215 LSC, concluyó que la actora no había acreditado que se hubiera ordenado judicialmente -o en su defecto que se hubiera requerido- la inscripción de tales acciones en los registros de la sociedad, lo que a su entender significaba que carecía tanto de la calidad de socia cuanto de la oponibilidad de tal condición frente al ente y al resto de los accionistas, descartándose por dicha circunstancia la ocurrencia por la vía del art. 251 LSC.-

Finalmente, destacó que la vaga referencia efectuada sobre su condición de directora social, había sido hecha en el marco de la explicación que brindó sobre la historia de Amalco SA y su entorno familiar, sin que pudiera seguirse que la demanda fuera iniciada en tal carácter.-

3. En el memorial de fs. 192/8, la recurrente precisó que la acción fue instaurada en un doble carácter, como: (i) titular del 25% del paquete accionario a su vez "detentante" del 12,5% de los derechos políticos correspondientes a dicha sociedad e (ii) integrante del directorio de Amalco SA.-

Esgrimió que su carácter de nuda propietaria de cierta cantidad de acciones no era un tema debatible, puesto que quedaba expresamente reconocida a través de numerosos actos societarios, entre ellos, el registro en el libro de accionistas. Quitó así relevancia a la falta de inscripción de los derechos hereditarios que se le había enrostrado, puesto que su condición de accionista provenía de una donación inter vivos y no como integrante de un acervo hereditario.-

No obstante, reconoció que era materia discutible el derecho que esgrimía para ejercer los derechos políticos que a tales acciones correspondían, en virtud de la reserva de usufructo con facultad recíproca de acrecer entre sí que se efectuaron sus padres. Al efecto, fundó su

postura con los arts. 2893, 2898, 2916 y 2917 Cód. Civil y encumbrada cita de doctrina civilista.-

Asumió una interpretación cerrada del art. 218 LSC, con el sentido de impedir la inclusión de los derechos políticos en el usufructo de acciones. Trayendo a colación la opinión de Nissen, refirió que de acontecer dicha eventualidad, ello supondría tanto como la escisión total de la calidad de socio, con el plexo de derechos y obligaciones que ese estado confiere, lo cual, resultaba inadmisibile desde su punto de vista.-
Precisó en consecuencia, que se encontraba legitimada -tanto en salvaguarda de sus derechos como nuda propietaria e integrante del directorio- para el inicio de una acción como la pretendida, pues a través de ella se intentaba hacer cesar hechos que dañarían seriamente el patrimonio de la sociedad.-

4. Expuesta de modo previo la sucinta reseña de las cuestiones relevantes, al efecto de desbrozar adecuadamente el terreno en el cual habrá de resolverse, debe repararse en primer término que nos encontramos en el marco de una demanda portadora de varias pretensiones (v. fs. 160/vta).-

Por tanto, resultará de interés efectuar un distingo de las mismas, desde que la legitimación que el ordenamiento sustancial confiere a cada una de ellas merece semejante precisión. Se consignó en el escrito inaugural que se perseguía: a) la nulidad de las decisiones asamblearias adoptadas en la Asamblea realizada el 18.11.2009;; b) declaración de responsabilidad social de los Sres. Angela Josefina Merello de Macchi, Carlos Guillermo y Martín Ignacio Macchi -en su calidad de miembros actuales del directorio- y Juan Alberto Soroet -síndico titular-; c) remoción de los directores y del síndico precitados.-

Es claro que la lectura de los arts. 251, 265, 276, 279 y 298 LSC persuade sobre la necesidad primaria de exigir como presupuesto habilitante para el ejercicio de cada acción la condición de socio; por cuanto sólo frente a particulares contingencias se habilita de modo sucedáneo la promoción a directores, síndicos sociales o de la quiebra e incluso, terceros.-

Ahora bien, quien se presenta no es otra que la nuda propietaria del 25% del paquete accionario de Almaco SA, quien lo recibiera por la donación efectuada por sus padres, con reserva de usufructo. Además de haber sido invocado, así consta en los registros sociales (v. fs. 69/70). Pero debe agregarse que en tal acto de disposición, expresamente se convino que el ejercicio de los derechos políticos estaría en cabeza de los donantes-usufructuarios (cuya vigencia se estableció con la muerte del último de éstos).-
Como se ha visto, la particularidad que denota el caso coloca nuevamente sobre el tapete aquel tema hartamente debatido sobre la posibilidad de que el usufructo de acciones contenga derechos políticos (véase al respecto la medulosa síntesis que remite a la doctrina extranjera, formulada en la publicación "Usufructo de acciones de transmisibilidad limitada" por Bisio G.- De La Torre, J., en LL 1995-C-1336; Muñoz-Vanasco, "Usufructo de acciones", Impuestos, 1989-B, p. 1345/53).-

El interrogante en el sub examine consistirá en discernir si la negativa absoluta a permitir al nudo propietario el ejercicio de los derechos políticos, comporta -o no- una transgresión al ordenamiento jurídico.-
La correcta solución del entuerto exige, sin dudas, el análisis del título creador del usufructo, según sea que éste otorgue esos derechos a una parte -usufructuario o nudo propietario- o guarde silencio al respecto.-
Si el instrumento nada expresa sobre la atribución de los derechos políticos, la doctrina no es

pacífica en este punto. Según Sassot Betes-Sassot, las opiniones podrían sintetizarse en cuatro grupos, según que la facultad sea otorgada: (i) al nudo propietario, asumiéndose la intransferibilidad de tales derechos no patrimoniales, propios del status socii, o anexos a la propiedad, o al derecho de voto -entre muchos, Halperín, Fernández, Garo, R.A. Nissen, J.B. Siburu-; (ii) al usufructuario, entendiéndose que la votación es un acto de administración y que a través de su ejercicio se obtiene la aprobación del balance y la distribución de las utilidades -Thaller, Ripert, L. Mossa, art. 2352 Código Italiano de 1942, arts. 690 y 692 Código Suizo de las Obligaciones; (iii) a ninguno de los dos, en tanto el desmembramiento de los derechos accionarios importa la suspensión de los derechos políticos que no pueden ser ejercidos -Biermann, citado por Sanchez Torres-; (iv) a uno u otro según se trate de votar en asambleas ordinarias o extraordinarias, dando el voto al usufructuario en las ordinarias por tratarse en ellas esencialmente actos de administración y gestión societaria, y al nudo propietario en las extraordinarias por ser de su incumbencia los actos no administrativos de la sociedad -Ascarelli, Pic, art. 163 Ley de Sociedades francesa de 1966- (para mayor detalle, cfr. Sassot Betes, M.A. y Sasot M.P., "Sociedades Anónimas, Acciones", p. 344/45, Ed. Abaco, 1985).-

Ahora, si por el contrario, en el acto jurídico mediante el cual se constituyó el usufructo se reglamenta la atribución y ejercicio de los derechos no patrimoniales, a criterio de esta Sala y a partir del entendimiento que formula del art. 218 LSC, no cabrían mayores vacilaciones.-

Dice la norma luego de referirse a la percepción de los dividendos por parte de los usufructuarios que: "el ejercicio de los demás derechos derivados de la calidad de socio, inclusive la participación en los resultados de la liquidación, corresponden al nudo propietario, salvo pacto en contrario y el usufructo legal".- De manera tal, cabe postular que nuestro derecho positivo otorga preeminencia al "pacto en contrario" en la asignación de los derechos políticos al nudo propietario (conf. Vanasco, Carlos A., "Sociedades Comerciales", t. I Parte General, p. 189/90, Astrea, 2006; Sassot Betes y Sasot, op. cit. p. 346; Gagliardo, M. "Sociedades Anónimas", ps. 163, 171 y ss. Abeledo Perrot, Bs. As. 1998; Verón. A.V. "Sociedades Comerciales" T. 3, ps. 594 y 595, ed. Astrea, año 1986).-

Por otra parte, la recepción legislativa en distintos ordenamientos foráneos de la interpretación que aquí se formula, permite desdibujar los contornos del dogma que otrora postuló a los derechos políticos como intransferibles e inderogables en cabeza del nudo propietario. Tal resquebrajamiento de una de las más sólidas bases tradicionales del derecho de las sociedades anónimas, fue asumido por el maestro Anaya, en su ilustrado voto in re: "Sanchez, C.J. c/Banco de Avellaneda y otros" (LL 1983-B,257) al aludir a las acciones de dividendo prioritario sin derecho de voto y al afirmar luego: "...La posibilidad de la constitución de usufructo de acciones (art. 218 ley 19.550) y la validez del pacto por el que se constituye al socio del socio (art. 35, misma ley), son demostrativos de que para la ley 19.550 el voto no es un derecho personalísimo, sino un poder para la consecución de intereses y resultados patrimoniales, abierto a su libre disposición, en la medida en que no importe otras cosas que una renuncia a su particular interés..."-.

A esta altura de la exposición, podría afirmarse sin hesitación, que la inversión del régimen legal autorizado por el propio art. 218 LSC habilita al nudo propietario a conferirle al usufructuario su derecho de voto. Con lo cual, desde tal óptica no resulta reprochable la convención plasmada en la cláusula 7° de fs. 20.- Cabría entonces preguntarse desde la imposición legal de pluralidad de socios (art. 1, 2, 11:1° y 94:8 LSC) si merece alguna objeción la retención en cabeza de la Sra. Merello de Macchi del ejercicio de los derechos políticos del 100% de la tenencia accionaria dada su condición de única usufructuaria.-

Y en este plano, la constatación objetiva de los registros sociales descarta la configuración en el caso de una sociedad unipersonal. Surge prístino de las constancias aportadas en fs. 69 y ss. que son cuatro los socios que componen "Almaco SAICFyA": Martín Ignacio, Carlos Guillermo, Cecilia Laura y Fernando Luis Macchi (v. fs. 70), nudos propietarios éstos a quienes incluso compete la gestión social por integrar el órgano de administración del ente; circunstancia que aleja la eventualidad de un manejo ajeno o extraño a la órbita de su ingerencia o interés.-

Descartada así como ha quedado, la indisponibilidad del ejercicio de los derechos políticos con la hermeneútica propiciada del art. 218 LSC, como la verificación de una infracción al régimen de pluralidad impuesto por el art. 1° ley cit., extremos éstos que podrían haber desmerecido - directa o indirectamente- la tutela jurídica, corresponderá avanzar en el análisis propuesto.-

5. Tomando como bases lógicas las premisas antecedentes, debe determinarse a continuación, si las contingencias exógenas al ordenamiento societario que genéricamente se han invocado en la pieza inaugural para invalidar el pacto entre donantes y donatarios -vgr. afectación de la legítima-, resultan útiles a dichos efectos.-

a. Recuértese sobre este punto, que la Sra. Macchi asumió ser heredera del 12,5% de los derechos políticos que correspondieron a su padre. Dijo sobre el punto: "...Al fallecer mi padre, mi madre debió mantener la titularidad del 50% de las acciones y sus derechos políticos, y cada uno de los cuatro hijos debió acceder al 12,5% . Pese a que en incontables ocasiones se le explicó a mi madre (...) ella siempre pretendió ejercer el 100% de los derechos políticos de la sociedad Almaco SA, alegando (...) que en la escritura de donación, se había establecido el derecho de acrecer recíprocamente entre mis padres y que ello favorecía al que sobrevivía al otro, pacto que como es sabido es nulo de nulidad absoluta pues afecta un derecho de orden público, tal cual es, la legítima de los herederos. Dejo constancia que si bien yo firmé dicha escritura, prestando conformidad, se hizo debido a que mi padre me lo pidió, informándome que se incluía esa cláusula con la sólo finalidad que mi madre quedase tranquila si algo le pasaba a él..." (fs. 161 vta.). Acusó, de seguido, a sus hermanos Carlos Guillermo y Martín Ignacio de aprovecharse de la debilidad de carácter de su Sra. madre, y del estado de depresión que le provocó la muerte de su cónyuge, para administrar la sociedad a su antojo, de manera intempestiva e inconsulta, absteniéndose de repartir dividendos.-

Pese al contexto descripto, resulta llamativo que tales alegaciones no hayan sido acompañadas de una pretensión autónoma, puntual y específica de nulidad (conf. art. 330 inc. 3° y 6 CPr.), vía ésta en principio conducente para tornar ineficaz y sin efecto la estipulación de la anteriormente referida cláusula 7° de la escritura n° 47.- Y es que ello no resulta una cuestión menor, si se tiene en cuenta que la misma constituye una suerte de prius lógico irremisible para impactar en la decisión asamblearia que, en definitiva, es objeto de impugnación: sólo mediando declaración de nulidad del pacto de acrecer recíproco entre los cónyuges donantes y la conformidad de los donatarios (v. cláusula 7° y 12°, fs. 18/21) podría plantearse un escenario donde el quorum quedara afectado, y en el que habrían de sopesarse el resto de los argumentos brindados para quitarle virtualidad al acto asambleario.-

Empero, dado que se ha invocado la configuración de una nulidad absoluta podría llegar a sortearse, si fuera el caso, la falta de postulación de la interesada al amparo de la pauta legal del art. 1047 1° parte Cód. Civil, que habilita al juez a pronunciarse de oficio.-

Siguiendo en la temática a la corriente doctrinal mayoritaria, tal facultad sólo se ejercería cuando la nulidad sea manifiesta, de manera que el juez puede rehuir el mandato legal cuando

el acto fuere anulable, requiriéndose en tal supuesto la demanda pertinente (cfr. Moisset de Espanés, La nulidad absoluta y su declaración de oficio, JA. 1980-II-164; Lloveras de Resk, Tratado teórico-práctico de las nulidades, Depalma, Bs. As., 1991, p. 33; Bueres-Highton, Código Civil..., tº 2C., pág. 359/60 citas nº 28/9, ed. Hammurabi, 1999).-

Tal sería la interpretación más valiosa de la norma, y permite respetar al juez "como depositario del control de legalidad que atañe a los intereses generales" que le reconoce el art. 1047 en los actos nulos de nulidad absoluta (cfr. Zannoni, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, Astrea, 1986, p. 216).-

Deviene en este punto necesario entroncar lo dicho con la institución de la legítima. La misma ha sido conceptualizada como una limitación legal y relativa de disponer de los bienes para después de la muerte, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia, o de los bienes líquidos, en favor de los denominados legitimarios, de cuya porción pueden ser privados por justa causa de desheredación invocada en el testamento.

Se la caracterizó por ende, como una limitación legal relativa porque: (i) cesa por las causales de desheredación; (ii) sólo afecta a los actos a título gratuito y no a los onerosos; (iii) su violación no causa la nulidad de los actos gratuitos inter vivos, aunque sí su reducción; (iv) no recae sobre bienes concretos sino sobre una cuota del patrimonio del causante (cfr. Medina, G., en el comentario al art. 3591, Bueres-Highton Cód. Civil, op. cit., p. 773).-

Con lo cual, queda claro que si bien el legislador ha resguardado celosamente la integridad de la legítima, en el cumplimiento de ese propósito ha regulado la acción de reducción contemplada en el art. 3601 Cód. Civil, que legitima al heredero forzoso para atacar las donaciones hechas en vida por el causante, en la medida que excedan la porción disponible. De este modo, la reducción no opera de pleno derecho, sino que requiere la actuación judicial del heredero forzoso perjudicado.-

Así, sea que no se comparta la visión doctrinal anteriormente expuesta respecto de la exclusión de la nulidad para los supuestos de afectación de la legítima (v. sub. iii), podría concluirse que por devenir necesaria la promoción de la acción de reducción, la misma excluiría la invocación del carácter manifiesto de la pregonada nulidad y consecuentemente, descarta el ejercicio oficioso previsto por el art. 1047 Cód. Civil.-

b. Dígase a mayor abundamiento que desde otro sector de la doctrina y en relación a esta temática, se ha proclamado que la única limitación para los anticipos de herencia de acciones con reserva de usufructo y retención de derechos políticos, podría encontrarse en que no fuera efectuada través de una donación entre vivos in diem mortis dilati -de ejecución diferida al tiempo del deceso del donante- (arg. art. 1790 Cód. Civ.); lo que aquí tampoco ha ocurrido según el relato de la propia accionante en tanto las distintas convenciones estipuladas en la Escritura nº 47, surtieron efectos inmediados.-

En este rumbo, ya se han venido pronunciado voces de estímulo y protección para esta operatoria, especialmente pergeñada para la llamada categoría de sociedades familiares: "...Mediante ese recurso técnico los fundadores aspiran a verse oportunamente sustituidos por descendientes que velarán por la exitosa perduración de sus creaciones y por eso es frecuente que al llegar a cierta edad decidan donarles sus acciones. Pero como ansían, por una parte asegurar sin desmedro sus ingresos habituales y, por la otra, retener la conducción por lo menos hasta que el adiestramiento y la madurez de los sucesores sean confiables, tales donaciones -generalmente por anticipos de herencia- deben realizarse con reservas de

usufructo y, específicamente, también de derechos políticos que aseguren una conducción avezada y prevengan la ineficacia que deriva de la inexperiencia..." (cfr. Moretti, Walter O., "Sociedades anónimas de familia y la extensión del usufructo de acciones" LL Gran Cuyo 2002, 454).-

c. Al amparo de las consideraciones formuladas, no existe posibilidad de que en este pleito pueda declararse inválida la convención de marras, con la trascendencia y gravitación definitoria que ello aparece para la suerte del entuerto.-

6. El conglomerado argumental hasta aquí vertido, permite concluir por la confirmatoria del decisorio en torno de la falta de legitimación de la Sra. Macchi en su condición de accionista - sin ejercicio de los derechos políticos- para instaurar la totalidad de las pretensiones antes referenciadas.-

Restaría tan sólo analizar si la solución varía en función de la invocación de su condición de integrante del directorio.-

En este tópico, debe coincidir con la Instancia de grado en el sentido que el discurso fáctico que ha sostenido el escrito inicial, ha puesto su énfasis principal en la condición de accionista, acudiendo tan sólo a la referencia de la postulación de la acción como directora en un único párrafo (v. fs. 163 in fine/3vta.).-

De este modo, la mera referencia de haberla formulado "...por el bien de la propia sociedad y en cumplimiento de las obligaciones y derechos que este cargo me impone..." no proporciona suficientemente los elementos que son menester analizar para conferirle legitimación en los términos de los arts. 251 in fine, 264, 265, 274, 276 y 279 LSC.-

Y ello hace a uno de los aspectos esenciales que caracterizan a los procesos civiles, ya que por imperio del principio dispositivo, son las partes quienes determinan el thema decidendum, debiendo el juez limitar su pronunciamiento a las alegaciones formuladas por las partes en los actos de constitución del proceso (v. Palacio, Manual de Derecho Procesal", t. I, p. 73, ed. Abeledo Perrot, 1992). Como consecuencia inescindible de aquella directiva, la aportación de los hechos en que las partes fundan sus pretensiones constituye una actividad que les es privativa, estándole vedado al magistrado la posibilidad de verificar la existencia de hechos no afirmados por ninguno de los litigantes (Palacio, op. cit. p. 74).-

Así, estas limitaciones no pueden transgredirse -so riesgo de comprometer seriamente el derecho de defensa en juicio- por aplicación del principio iura novit curia. Este último autorizaría a calificar la acción interpuesta si lo fue erróneamente, pero no a cambiarla por otra (v. Bustamante Alsina, ED 114-353). Acorde con el predicamento del jurista, repárese que la denominación misma del principio citado alude al "derecho" y no a los hechos, de suerte que si bien por derivación de tal máxima el juzgador no tiene límites en el campo jurídico puro, pudiendo sortear errores en la invocación del derecho o en la calificación que las partes hubieran dado a la relación, ello será siempre dentro del marco de los hechos afirmados por aquéllas que delimitan el ámbito de su jurisdicción.- Súmase a las precedentes reflexiones, que la explicación aquí omitida de tales factores bien podría contextualizar la sedicente habilitación para la postulación de las distintas acciones, en tanto la sólo conformación del órgano de administración de la sociedad no reviste preponderancia a tales fines.-

Véase que en el caso de la acción de responsabilidad -sea ésta la social o individual prevista por los arts. 276 y 279 LSC- presupone como condición ineludible para su progreso, una resolución asamblearia que así lo decida, lo que en el caso no acaecería.-

Por otra parte, la existencia de una convocatoria a asamblea para tratar la remoción del directorio, como la denegatoria del pedido, también son requisitos inexcusables para el ejercicio de la acción por parte de cualquier otro integrante del directorio (art. 265 LSC), por cuanto la facultad de remoción sólo compete a la asamblea de accionistas y subsidiariamente a la justicia, ante el reclamo de parte legitimada (cfr. CNCom. Sala A, 17.6.04, "IGJ c/Aerolíneas Argentinas SA", LL 2004-D, 957 - Sup. Esp. Soc. Com. 2004 (Dic.), 217).-

Pero en la hipótesis donde cobra mayor relevancia, es en la impugnación de la asamblea, desde que aún cuando se incluye a los directores en la nómina de legitimados para la promoción de la acción pertinente;; resultaría de toda lógica que, tratándose aquí de un órgano pluripersonal sometido a reglas particulares en cuanto a su funcionamiento -art. 260 LSC-, quien la instare fuera aquel disidente de la resolución del directorio de no impugnar un determinado acto asambleario. Dicho en otras palabras, no puede ocurrir directamente a la jurisdicción sino cuando actúe en nombre propio y a fin de eximirse de responsabilidad (arg. arts. 59,251 y 274 LSC).-

7. Corolario de todo lo expuesto, se resuelve: confirmar en lo principal, el decisorio de fs. 185/90. Sin costas, por no mediar contradictorio.-

Notifíquese y oportunamente devuélvase.//-

Fdo.: Juan Manuel Ojea Quintana, Rafael F. Barreiro, Alejandra N. Tevez
Ante mí: María Florencia Estevarena, Prosecretaria de Cámara