

SOCIEDAD ANONIMA. Capital social. Aumento. Impugnación. Medidas cautelares. Inaplicabilidad de la medida cautelar prevista en el artículo 252 de la ley 19550. Procedencia de una medida de no innovar sobre los derechos del accionista impugnante. Asambleas. Nulidad. Aumento del capital social. Invocación de abuso de mayorías. Medidas cautelares.

1. La necesaria profundidad de análisis que demanda el escenario económico-financiero social que se pregona manipulado para favorecer los sucesivos aumentos del capital social, impide en el marco de una medida cautelar, de apreciación meramente periférico, efectuar cualquier tipo de valoraciones en torno a la verosimilitud del derecho del peticionario sólo a instancias de sus apreciaciones, no siendo factible, en este marco, siquiera aventurar, a partir de los elementos existentes en la causa, que se hubiera configurado en la especie una hipótesis de arbitrariedad extrema o de irracionalidad dañosa que amerite el dictado de la cautela que se persigue y profundizar en este estadio tales indagaciones impondría emitir prematuramente un juzgamiento de mérito sobre la cuestión, dirimible al momento de la sentencia definitiva.
2. El abuso de derecho, configurado en decisiones asamblearias, se concreta cuando la mayoría responde a un interés personal y la decisión persigue exclusivamente ese interés, en detrimento del interés social, o de los demás socios. Pues bien, las causas que motivaron el aumento del capital aparecen *prima facie* explicitadas con cierta suficiencia en el acta de fs. 161/66, a la vez que se revelan *in abstracto* adecuadas para remover tales dificultades.
3. Será la prueba que se rinda en el curso del proceso de impugnación de una decisión asamblearia que resolvió el aumento del capital social, aquella que forme -o no- convicción en el sentenciante respecto del pregonado obrar antijurídico, siendo que, en definitiva, resulta netamente una cuestión procesal el demostrar la violación de los derechos del accionista minoritario -incumbiéndole a éste la prueba en tal sentido- y será a cargo de la sociedad acreditar que el aumento de capital se ha hecho en defensa del interés social.
4. A la hora de la ponderación provisional de las consecuencias económicas que impone del art. 252 LSC, el interés societario cobra un neto predominio sobre el particular del accionista impugnante.
5. Si por segunda vez en breve lapso -menor a un año- la sociedad incrementó sensiblemente su capital con la disconformidad del accionista actor, quien no suscribió las acciones emitidas e impugnó las dos resoluciones de la asamblea, situación frente a la cual el accionista mayoritario, ejerció el derecho de acrecer (LSC 194), es indudable concluir que ello ha significado la alteración de la influencia de la participación del promotor de esta medida cautelar en la formación de la voluntad social, que resultó así reducida a una mínima expresión.
6. Si el juzgador estuviese obligado a efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean la relación jurídica al dictar una medida cautelar, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir de no emitir una opinión o decisión anticipada -a favor de cualquiera de las partes- sobre la cuestión sometida a su jurisdicción.
7. Permitir que el accionista permanezca inerte frente a decisiones sociales que objetivamente le son perjudiciales, podría conducir a frustrar -acaso sin posibilidad de ulterior reparación- los derechos que le asisten en su condición de tal, pues el aumento del capital altera también la posición del socio en el plano interno del ente y, por consiguiente, requiere de una precisa y cierta justificación.
8. Tratándose de la impugnación de un aumento del capital social, conciliar las esferas de intereses del accionista impugnante y el de la sociedad, cuando se oponen hasta excluirse

- mutuamente, exige actuar con suma prudencia precaviendo la afectación del interés social, que prevalece sobre el del accionista que se dijo perjudicado
9. Si bien no escapa al Tribunal que la eventual suspensión del incremento del capital decidido podría atentar contra la actividad de la sociedad, de otro lado, esa operación restringe la influencia del accionista en la toma de decisiones y participación en las utilidades
 10. Como apreciación de carácter general, es doctrina judicial que el juicio de verdad en la materia se encuentra en oposición con la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual asimismo agota su virtualidad, de modo que no corresponde exigir, con rigorismo inadecuado al actuar en justicia, prueba acabada de la verosimilitud del requirente.
 11. Las medidas cautelares tienen naturaleza instrumental y accesoria, pues no constituyen un fin en sí mismas y tienden a posibilitar el cumplimiento de la sentencia definitiva a dictarse en el juicio principal iniciado o a iniciarse, y su finalidad consiste en asegurar la eficacia de la sentencia, mas no convertirse en tal.
 12. La apreciación referida al análisis del primer aumento del capital social resuelto por la sociedad demandada, como integrante del ámbito de libre disponibilidad para la misma y enmarcado dentro de los requerimientos de sus emprendimientos comerciales, puede válidamente variar y atenuarse frente al posterior incremento decidido, porque la potencial afectación de los derechos del accionista disconforme podría, como consecuencia de aquella segunda, asumir caracteres de gravedad, tornándose imprescindible la actividad jurisdiccional para protegerlos.
 13. Ante la posibilidad -sólo eso- de que los sucesivos incrementos del capital social aprobados por la sociedad demandada, no respondan adecuadamente al interés de la misma, sino que eventualmente podrían coincidir con el del accionista mayoritario o dirigirse únicamente a minar la posición del socio minoritario, y precisamente, como la base del planteo de éste, coincidente con el requerimiento cautelar originario, se asienta en el eventual ejercicio abusivo de los derechos del accionista mayoritario, la versión del accionista requirente de la medida cautelar prevista en el artículo 252 de la ley 19550 adquiere -luego del segundo aumento cuestionado- mayor consistencia, mas sin alcanzar el grado de certeza ni verosimilitud que requiere el dispositivo de dicha norma legal, juzgándose entonces que la tutela precautoria efectiva para dicho accionista puede obtenerse a través de una medida de no innovar, tendiente a restaurarlo en los derechos políticos que tenía con anterioridad a la asamblea impugnada (arg. 204 CPt.), mientras dure la tramitación del presente pleito, resultando procedente disponer también una *anotación de litis* respecto de la integridad de las acciones emitidas a partir de la decisión cuestionada, de lo que deberá dejarse constancia en el libro de registro de accionistas.
 14. Es de la esencia de las medidas precautorias de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia- ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, y para que sean receptadas deben estar enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

CNCom, Sala F, Abril 7 de 2011, “Pusso Fernando Fabián contra Urbano Express Argentina SA sobre medida precautoria”.

FALLO COMPLETO:

**"PUSSO FERNANDO FABIAN C/URBANO EXPRESS ARGENTINA SA S/
MEDIDA PRECAUTORIA"**

Expediente N° 042856/10

Buenos Aires, 7 de abril de 2011.

Y Vistos:

1. Viene apelado el pronunciamiento de fs. 244/250 que desestimó la medida cautelar tendiente a suspender los efectos de la decisión asamblearia adoptada el 18 de agosto de 2010 por la sociedad Urbano Express Argentina SA, mediante la cual se aprobó un aumento del capital social por la suma de \$ 8.513.554 con la emisión de igual cantidad de acciones ordinarias nominativas de un voto por acción, sin prima de emisión.

2. Destacó el apelante en el memorial de fs. 253/56 que tanto el balance especial confeccionado como las consideraciones vertidas en la memoria complementaria, resultaban preparadas al sólo efecto de canalizar la maniobra del accionista mayoritario para licuar su participación en la empresa, a través de una realidad contable ficticia.

Precisó que las pérdidas y reducciones patrimoniales informadas en el balance no eran tales, puesto que habían sido contabilizadas como gastos, operaciones que en realidad constituían inversiones, sin tener además en cuenta la dinámica y proyección que las mismas tendrían inevitablemente para el crecimiento del negocio en el futuro.

Que tal proceder intencional, sólo perseguía defraudar sus derechos, en tanto la única beneficiada con la decisión resultaba la accionista mayoritaria y la sociedad acreciente -a la sazón, también controlada por Begles SA-.

3. Los lineamientos generales concernientes a la impugnación de las decisiones sociales, los motivos graves a los que alude el art. 252 LSC y la particularización pertinente sobre la temática que rodea al aumento del capital social, ya ha sido motivo de tratamiento por esta Sala en el precedente cuyas copias lucen aquí acompañadas en fs. 147/54; con lo cual convendrá tener por aquí reeditadas tales consideraciones generales, en lo pertinente, en aras a evitar reiteraciones ociosas.

Bajo tal prevención, debe tenerse presente que en aquel juicio seguido entre las mismas partes, el accionante impugnó la asamblea del 13/10/09 en la cual se decidió el aumento del capital social de la suma de \$ 2.500.000 a la suma de \$ 5.986.446 (v. nota 1 en fs. 225) y que representó para el Sr. Pusso una reducción de su participación social de un 10% a un 4,96% (v. fs. 230 vta. párrafo segundo).

Pues bien, el aumento que aquí se ha puesto en tela de juicio, eleva significativamente el capital a la suma de \$ 14.500.000 (v. fs. 145 quinto párrafo). Dado que el actor ha preanunciado su imposibilidad económica de suscribir las acciones a emitirse, resulta innegable que su porcentual accionario quedaría sustancialmente reducido, a la vez que ha sufrido tal merma en un término inferior a un año.

No obstante, las alegaciones que otorgan apoyatura argumental a la demanda exigen a su turno una vasta actividad probatoria (conf. art. 377 CPt.), ajena al estado embrionario en que se encuentra el proceso. Efectivamente, la necesaria profundidad de análisis que demanda el escenario económico-financiero social que se pregona manipulado para favorecer los sucesivos aumentos del capital social, impide en este marco de apreciación meramente periférico, efectuar cualquier tipo de valoraciones en torno a la verosimilitud del derecho del peticionario sólo a instancias de sus apreciaciones, las cuales resultan insuficientes a los fines aquí propuestos.

No es factible siquiera aventurar, a partir de los elementos existentes en la causa, que se hubiera configurado en la especie una hipótesis de arbitrariedad extrema o de

irracionalidad dañosa que amerite el dictado de la cautela que se persigue (cfr. CNCom. Sala D, 22.8.89, "Pereda, Rafael c/ Pampagro S.A.", LL 1989-E, p. 182). Profundizar en este estadio tales indagaciones –de suyo coincidentes con la controversia suscitada– impondría emitir prematuramente un juzgamiento de mérito sobre la cuestión, dirimible al momento de la sentencia definitiva.

Recuérdese que el abuso de derecho, configurado en decisiones asamblearias, se concreta cuando la mayoría responde a un interés personal y la decisión persigue exclusivamente ese interés, en detrimento del interés social, o de los demás socios. Pues bien, las causas que motivaron el aumento del capital aparecen *prima facie* explicitadas con cierta suficiencia en el acta de fs. 161/66, a la vez que se revelan *in abstracto* adecuadas para remover tales dificultades.

En síntesis: será la prueba que se rinda en el curso de este proceso aquella que forme -o no- convicción en el sentenciante respecto del pregonado obrar antijurídico. Es que en definitiva, resulta netamente una cuestión procesal el demostrar la susodicha violación de los derechos del accionista minoritario -incumbiéndole a éste la prueba en tal sentido- y será a cargo de la sociedad acreditar que el aumento de capital se ha hecho en defensa del interés social.

No debe dejar de tenerse presente, en el contexto de la urgida recomposición patrimonial planteada en el acto impugnado, el revés y las implicancias que el acogimiento de la petición formulada podría acarrear para la sociedad, si a *posteriori* fueran desechadas las alegaciones vertidas en torno de la insinceridad de los motivos propiciatorios del aumento del capital. Recuérdese que a la hora de la ponderación provisional de las consecuencias económicas que impone del art. 252 LSC, el interés societario cobra un neto predominio sobre el particular del accionista impugnante (CNCom., Sala B, 23/09/86, "Grosman, Hugo c/Los Arrayanes SA"; íd íd., 24.12.87, íd. "Ferrari Hardoy, M. c/Plinto S.A" entre muchos otros).

4. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que las circunstancias sobrevivientes expuestas por el recurrente han variado los antecedentes de la materia sometida a decisión. En efecto, el nuevo acuerdo social que decidió aumentar el capital justifica modificar, a juicio de esta Sala, el criterio expuesto en el pronunciamiento recordado, aunque sin que ello implique admitir sin restricciones la suspensión pedida en los términos de la LSC 252.

Por segunda vez en breve lapso -menor a un año- la sociedad incrementó sensiblemente su capital con la disconformidad del apelante, quien no suscribió las acciones emitidas e impugnó las dos resoluciones de la asamblea, situación frente a la cual el accionista mayoritario, Begles SA, ejerció el derecho de acrecer (LSC 194). Es indudable que ello ha significado la alteración de la influencia de la participación del promotor de esta medida cautelar en la formación de la voluntad social, que resultó así reducida a una mínima expresión.

Ciertamente la situación que se configuró en consecuencia, concierne directa y exclusivamente al accionista que no consintió dichos aumentos y obró en tal sentido (LSC 251). La cuestión es respecto de la sociedad ajena, porque no se avizora -en este provisorio y limitado marco de apreciación- que pudiera afectarse el interés social, como derivación inmediata de la modificación del capital social. Ello, se reitera, será materia de oportuno juicio y decisión. Téngase en cuenta que si el juzgador estuviese obligado a efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean la relación jurídica al dictar una medida cautelar, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir de no emitir una opinión o decisión anticipada -a favor de cualquiera de las partes- sobre la cuestión sometida a su jurisdicción (CSJN, 30.10.03, "Sarquis de Navarro, María Cecilia c/ Santiago del Estero,

Provincia de s/ acción declarativa”; *Fallos* 326:4409).

Pero permitir que el accionista permanezca inerte frente a decisiones sociales que objetivamente le son perjudiciales, podría conducir a frustrar -acaso sin posibilidad de ulterior reparación- los derechos que le asisten en su condición de tal. Y, en este orden de ideas, se advierte el reverso del aspecto esencial sometido a juzgamiento: el aumento del capital altera también la posición del socio en el plano interno del ente y, por consiguiente, requiere de una precisa y cierta justificación. En otras palabras, la tensión es evidente y conciliar ambas esferas de intereses, cuando se oponen hasta excluirse mutuamente como aquí ocurre, exige actuar con suma prudencia precavido la afectación del interés social, que prevalece sobre el del accionista que se dijo perjudicado.

No escapa a esta Sala, como quedó expuesto, que la eventual suspensión del incremento del capital decidido podría atentar contra la actividad de la sociedad. De otro lado, esa operación restringe la influencia del accionista en la toma de decisiones y participación en las utilidades. Ello ha sido claramente ilustrado en el precedente de la Sala C de esta Cámara, “Augur SA s/ quiebra c/ Sumampa SA” (ED 114-369), en el voto del Juez Dr. Jaime Luis Anaya, que fue ponderado en la decisión de esta Sala que corre copiada en fs 147/154.

A lo señalado en ese pronunciamiento, en consonancia con lo dicho en el primer párrafo de este apartado, debe agregarse aquí que esta segunda modificación del capital puede dar razón al apelante. En efecto, como apreciación de carácter general se recuerda que es doctrina judicial que el juicio de verdad en la materia se encuentra en oposición con la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual asimismo agota su virtualidad (CSJN, 30.03.04, “Clemente, Eduardo Arturo y otros c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”; *Fallos*: 327:849), de modo que no corresponde exigir, con rigorismo inadecuado al actuar en justicia, prueba acabada de la verosimilitud del requirente.

Esta consideración se acomoda al consolidado principio de que las medidas cautelares tienen naturaleza instrumental y accesorio, pues no constituyen un fin en sí mismas y tienden a posibilitar el cumplimiento de la sentencia definitiva a dictarse en el juicio principal iniciado o a iniciarse, y su finalidad consiste en asegurar la eficacia de la sentencia, mas no convertirse en tal (CSJN, 09.03.04, “Pou, Pedro c/ Estado Nacional (Poder Legislativo) s/ medida cautelar autónoma”; *Fallos* 327:320).

En este orden, se puntualiza que la apreciación referida al análisis del primer aumento como integrante del ámbito de libre disponibilidad para la sociedad, enmarcado dentro de los requerimientos de sus emprendimientos comerciales, puede válidamente variar y atenuarse frente al posterior incremento decidido, porque la potencial afectación de los derechos del accionista disconforme podría, como consecuencia de aquella segunda, asumir caracteres de gravedad, tornándose imprescindible la actividad jurisdiccional para protegerlos. En síntesis, cabe la posibilidad -sólo eso- de que tales incrementos del capital social no respondan adecuadamente al interés de la sociedad, sino que eventualmente podrían coincidir con el del accionista mayoritario o dirigirse únicamente a minar la posición del socio minoritario.

Y, precisamente, como la base del planteo recursivo, coincidente con el requerimiento cautelar originario, se asienta en el eventual ejercicio abusivo de los derechos del accionista mayoritario, a criterio de esta Sala su versión adquiere ahora -luego del segundo aumento cuestionado- mayor consistencia, mas sin alcanzar el grado de certeza ni verosimilitud que requiere el dispositivo de la LSC 252.

Se tiene en cuenta que es de la esencia de las medidas precautorias de

orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia- ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, y para que sean receptadas deben estar enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy difícil o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (CSJN, 16.11.04, “Chiodi, Carlos Aníbal y otros c/ Salta, Provincia de y otro s/acción de amparo”; *Fallos*, 327:5111).

Por tal razón, se juzga entonces que la tutela precautoria efectiva para el Sr. Pusso puede obtenerse a través de una medida de no innovar, tendiente a restaurarlo en los derechos políticos que tenía con anterioridad a la asamblea impugnada (arg. 204 CPt.), mientras dure la tramitación del presente pleito.

Se dispondrá también una *anotación de litis* respecto de la integridad de las acciones emitidas a partir de la decisión cuestionada, de lo que deberá dejarse constancia en el libro de registro de accionistas.

5. Por ello, se resuelve: confirmar el pronunciamiento de fs. 244/50 en lo que ha sido materia de agravio y disponer las medidas cautelares a las que alude el apartado cuarto en su última parte, encomendándose al Sr. Juez de grado disponga las medidas conducentes para viabilizar tales decisiones -arg. art. 36 inc. 1º CPCC-.

Rafael F. Barreiro, Juan Manuel Ojea Quintana, Alejandra N. Tevez.
Ante mí: María Florencia Estevarena. Es copia del original que corre a fs. 261/66 de los autos de la materia.

María Florencia Estevarena

Secretaria