



**MARIN, Elida Beatriz y otros c/CCI CONCESIONES Y
CONSTRUCCIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. s/ordinario**

(CCom., Sala "A", 3 de junio de 2008)

En Buenos Aires, a los 03 días del mes de junio de dos mil ocho, se reúnen los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, con asistencia de la Sra. Prosecretaria Letrada de Cámara, para entender en los autos caratulados «MARIN, ELIDA BEATRIZ Y OTROS» contra «CCI CONCESIONES Y CONSTRUCCIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. S/ «ORDINARIO» (Expte. n° 48.190, Registro de Cámara n° 7491/2002), originarios del Juzgado del Fuero Nro. 6, Secretaría Nro. 11, en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido en el art. 268 C.P.C.C., resultó que debían votar en el siguiente orden: Vocalía n° 2 (a cargo del Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers), Vocalía n° 1 (a cargo de la Doctora Isabel Míguez) y Vocalía n° 3 (a cargo de la Doctora María Elsa Uzal).

Estudiados los autos se planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el Señor Juez de Cámara Doctor Kölliker Frers dijo:

I- LOS HECHOS DEL CASO

(1) Elida Beatriz Marín, por sí y en representación de sus hijos menores de edad Darío Andrés y Luis Alberto Maurizio Marín, promovió demanda contra CCI - Concesiones y Construcciones de Infraestructura S.A. (en lo sucesivo 'CCI'), persiguiendo el reembolso del valor de las acciones escriturales clase «B» de esa sociedad de que son titulares, con causa en el ejercicio del derecho de receso que les asistiría en virtud de lo dispuesto por el art. 11, de la ley de Obligaciones Negociables N° 23.576 (modificada por leyes N° 23.962 y 24.335), en adelante LON, con más sus respectivos intereses y costas.

Refirió que, al fallecer su esposo Eduardo Alberto Maurizio, recibió de aquél doscientas mil (200.000) acciones de 'CCI', al igual que sus dos (2) hijos, que se convirtieron en propietarios, a su vez, de seiscientos cuarenta y cuatro mil novecientos ochenta y dos (644.982) acciones de esa sociedad cada uno; como consecuencia de lo cual la sociedad emitió el 02/06/2000 sendos saldos de cuentas de acciones escriturales que así lo refieren, firmados en todos los casos por el presidente del directorio del mencionado ente societario.



Continuó relatando que en la asamblea general ordinaria y extraordinaria de 'CCI' celebrada el 31 /07/2000 -en la que los reclamantes no participaron- se resolvió la creación de un «Programa Global para la emisión de Obligaciones Negociables» y que, por tratarse de obligaciones negociables convertibles en acciones, se decidió en el mismo acto aumentar el capital social, hasta la suma de cincuenta millones de dólares (U\$S 50.000.000) destinados a atender futuros pedidos de conversión.

Añadió que, al no compartir su parte lo resuelto por la mayoría en la mencionada asamblea en punto a la decisión de emitir obligaciones negociables convertibles en acciones y el consiguiente aumento de capital por un valor equivalente al total de la emisión, remitió el 10/08/2000 carta documento N° 32.708.126 AR notificando a 'CCI' el ejercicio del derecho de receso en los términos del art. 11 LON, requerimiento que fue rechazado por la sociedad el 13/11/2000 mediante misiva N° 31.465.824 6 AR.

Expresó que, pese a la respuesta negativa de la accionada, aguardó el término de un (1) año -plazo contemplado por el art. 245 LSC para obtener el respectivo reembolso-, vencido el cual y ante el incumplimiento de aquélla, se vio forzada a instar la mediación privada obligatoria prevista por la ley 24.573 que, frustrada, originó la promoción de la presente acción judicial.

Profundizó, por último, acerca de los alcances de las previsiones contenidas en el art. 11 LON y arguyó que el fundamento normativo del ejercicio del derecho de receso en supuestos como el de la especie encuentra su razón de ser, más en la decisión asamblearia de emitir obligaciones negociables y en el régimen inherente a estos últimos títulos, que en la regulación general del derecho a separación del accionista contemplada en la legislación societaria (art. 245 L.S.C.); de lo que se concluiría que la sola decisión de emitir obligaciones negociables convertibles en acciones conferiría el derecho de receso invocado por su parte.

(2) Sustanciada la pretensión, 'CCI' compareció al pleito y contestó demanda a fs. 643/656, solicitando su rechazo, con costas.

Desconoció la legitimación de la actora para ejercer el derecho de receso previsto en el art. 11 LON, al sostener que la decisión de emitir obligaciones negociables convertibles en acciones fue adoptada por asamblea extraordinaria en cumplimiento de pactos anteriores entre accionistas, de los que los ahora actores también estaban al corriente por haber participado en ellos el Sr. Eduardo Alberto Maurizzio, antecesor de los actores en la titularidad de sus acciones. Sobre esa base, coligió que la Sra. Marín y sus hijos no tenían derecho alguno contra su parte a exigir el reembolso de sus acciones con base en el ejercicio de la facultad de receder que confiere el art. 245 LSC.



Destacó, asimismo, que para emitir obligaciones negociables convertibles en acciones es menester disponer un aumento de capital social equivalente al valor de emisión (art. 17 LON) y que si bien la ley societaria confiere al accionista derecho a separarse de la sociedad cuando ese aumento es superior al quíntuplo, no fue justamente ése el caso de autos, por lo que no correspondía hacer lugar al reclamo de los pretensores.

Con base en tal argumento, rechazó la postura adoptada por éstos últimos en relación a que de acuerdo con la interpretación que ellos hacían del art. 11 LON, resultaba indiferente que el aumento de capital fuera o no superior al quíntuplo para ejercer el derecho de receso en este supuesto, postura a la que calificó de inviable por implicar una valoración aislada del artículo precedentemente citado desviada de toda hermenéutica finalista del instituto en el marco de la legislación societaria.

Adujo que de los documentos liminares de la sociedad (acta constitutiva, estatuto, pacto de accionistas, etc.) surgía la vocación y objetivo inicial de 'CCI' de acudir a los mercados de capitales para la evolución comercial y financiera del ente con el objeto de permitir que los accionistas fundadores tuvieran una salida natural de la sociedad a través de sus acciones en la bolsa.

Agregó que ese proceso de capitalización societaria sufrió retrasos en tanto surgió la posibilidad de incorporar socios institucionales, como Corporación Financiera Internacional (CFI), Darby Latin American Mezzanine Holdings Ltd. y CDC Group Plc., quienes con sus aportes de capital y participación en la suscripción de títulos de deuda emitidos por 'CCI' permitirían reforzar la estructura de capital de la demandada, respaldando las inversiones de 'CCI' en concesiones viales, tanto en Argentina como en otros países de América Latina.

Rescató que tal circunstancia fue plasmada en diversos convenios que determinaron el compromiso de 'CCI' de efectuar todos los actos a su alcance para concretar una oferta pública de obligaciones negociables tan pronto como fuera posible, lo que culminó en la decisión adoptada en la asamblea del 31/07/2000.

Frente a esa realidad calificó de abusiva la pretensión de la actora de ejercitar el derecho de receso por no estar en línea con la mentada finalidad de la sociedad de obtener financiamiento para su desarrollo comercial, solicitando, por ende, el rechazo de la acción incoada en base al mismo, con costas a cargo de aquélla.



El fallo de primera instancia (fs. 2822/34) acogió la demanda incoada por la parte actora y condenó a 'CCI' a abonar a Elida Beatriz Marín la suma de doscientos veinte mil pesos (\$ 220.000), y a cada uno de sus hijos la de setecientos quince mil novecientos treinta pesos (\$ 715.930) en concepto de reembolso por el valor de las acciones de que eran titulares en la sociedad accionada, con más sus intereses y costas.

En su decisión, la Sra. Juez a quo estimó que no había existido controversia respecto de la calidad de accionistas de los actores, como tampoco en torno a la existencia de las decisiones asamblearias adoptadas en la reunión general ordinaria y extraordinaria celebrada el 31 de julio de 2000, en la que los accionantes no estuvieron presentes, y en la cual se decidió la creación de un «Programa Global para la emisión de Obligaciones Negociables» convertibles en acciones, resolviéndose en el mismo acto aumentar el capital social hasta la suma de cincuenta millones de dólares (U\$S 50.000.000) destinados a atender futuros pedidos de conversión. Expresó que tales cuestiones habían sido reconocidas tanto en el escrito de demanda como en su contestación, resultando además de la documentación anejada a la causa (saldos de cuentas de acciones escriturales obrantes a fs. 25/27, fotocopias certificadas del libro de registro de acciones/accionistas, obrante a fs. 65/74, fotocopia del acta de asamblea de fs. 28/33 y cartas documentos cursadas entre las partes).

Analizó la naturaleza del instituto del derecho de receso y lo relacionó con el art. 11 LON en lo referente a la posibilidad de su ejercicio por los accionistas «disconformes con la emisión de obligaciones convertibles», concluyendo en que estos últimos contaban con la facultad de ejercer el derecho antes aludido frente a la mera decisión social de emitir obligaciones negociables de tales características. Sostuvo que la interpretación efectuada por la accionada, que le denegaba el ejercicio de ese derecho, desvirtuaba la esencia del contenido de la LON, y que no correspondía indagar la voluntad del ente ni las convenciones celebradas con otros organismos de inversión, so pretexto de frustrar el ejercicio de un derecho incondicionalmente otorgado al accionista por la ley de la materia. Añadió, por último, que la posición de la accionada, más allá de no comparecerse con una interpretación literal de la norma estatuida por el art. 11 LON, tampoco hallaba marco en el régimen positivo vigente, máxime cuando tampoco su constitucionalidad había sido siquiera cuestionada en el proceso.

Como consecuencia de todo ello y luego de establecer la modalidad de cálculo del valor de las acciones por el capital adeudado, terminó fijando los montos de reembolso de las acciones respectivas, con más la obligación del pago de intereses a partir del 10/08/2001 (esto es, transcurrido el plazo de un -1- año con que contaba la sociedad para abonar el valor de las acciones afectadas al derecho de receso), condenando a la accionada al pago de los respectivos importes, con más las costas del juicio.



III.- EL RECURSO.

La sentencia precedentemente enunciada fue apelada exclusivamente por 'CCI' a fs. 2839, recurso que fue fundado en la expresión de agravios que corre a fs. 2851/2857, cuyo traslado fue contestado por los accionantes a fs. 2869/2876.

En sus quejas, la demandada señaló:

i) Que la a quo efectuó una errónea e ilegítima interpretación del art. 11 LON en punto al ejercicio del derecho de receso, puesto que esta norma no establecía una nueva causal para invocar ese derecho más allá de los supuestos reglados por el art. 245 LSC -como lo sugeriría la solución propuesta por la a quo-, sino que, por el contrario, creaba una mayor restricción a ese derecho, por tratarse el receso de una excepción a la regla de gobierno de las mayorías en las sociedades anónimas. En esa línea de ideas, refirió la quejosa que la emisión de obligaciones negociables convertibles en acciones constituía una técnica de financiamiento mediante el aumento del capital social, por lo que sería contradictorio que la LON propiciara el desmembramiento de ese capital mediante una mayor liberalidad del derecho de receso;

ii) Que la Sra. Juez de Grado no fundamentó suficientemente esa supuesta prevalencia del art. 11 LON por encima del 245 LSC, puesto que pasó por alto que, de acuerdo con ese mismo precepto, el derecho a receder que allí se reconoce lo es «conforme el art. 245 LSC», de lo que colige que deben darse los presupuestos establecidos en este último artículo para posibilitar su ejercicio, entre los que se encuentra el de que el aumento de capital debe ser superior al quíntuplo;

iii) Que la sentenciante desatendió el argumento fáctico subyacente en la cuestión, toda vez que -más allá del aspecto jurídico antes señalado- no tuvo presente que la actora ingresó a 'CCI' como accionista, conociendo perfectamente (o debiendo haber conocido) el proyecto de emisión de obligaciones negociables que se encontraba en ciernes en ese momento, y sabiendo con certeza que la sociedad debía necesariamente emitir ese tipo de títulos en cumplimiento de contratos ya celebrados y aprobados por unanimidad por los accionistas, por lo que pretender ejercer ahora el derecho de receso con estos antecedentes implicaba -lisa y llanamente- un ejercicio abusivo y disfuncional de ese derecho en perjuicio del capital social de 'CCI';



iv) Que la anterior magistrado se equivocó al haberle imputado la falta de invocación de inconstitucionalidad por parte de 'CCI' en relación al art. 11 LON, pues dicha invocación resultaba innecesaria cuando dicho precepto debía ser razonablemente interpretado en concordancia con el resto del ordenamiento jurídico societario;

v) Que, a todo evento, tampoco correspondió que se impusieran a su parte las costas del proceso, toda vez que la novedad de la cuestión y la falta de antecedentes jurisprudenciales -sumado a la supuesta mala fe de la actora- justificarían un apartamiento del principio general de la condena en costas al derrotado;

vi) Que, eventualmente, tampoco resultó procedente aplicar la tasa de interés activa al capital de condena, sino la tasa pasiva promedio mensual que publica el BCRA, por resultar esta última más justa que aquella en el contexto de la realidad económica por la que atraviesa el país;

vii) Por último, introdujo también un pedido de ampliación de prueba, reiterando la petición que en tal sentido le fuera denegada en su momento en la anterior instancia, a efectos de acreditar la autenticidad de la documentación que su parte acompañó en fotocopias certificadas, tendiente a probar que la emisión de obligaciones negociables dispuesta en la asamblea del 30/07/2001 fue la conclusión de un proyecto financiero originado tiempo atrás, y significó el cumplimiento de obligaciones asumidas por la sociedad en contratos aprobados en asambleas anteriores, en el que concurrieron con su voto las acciones hoy detentadas por los actores.

Adujo en ese sentido que, al haber desconocido la contraria esa documentación, resultaba menester la producción de la prueba pericial caligráfica, notarial y contable, tendiente a constatar la autenticidad de esa documentación, cuya producción fuera denegada por la a quo en razón de haberla considerado extemporánea.

IV.- LA SOLUCIÓN PROPUESTA

(1) Cuestión preliminar: la pertinencia de la apertura a prueba en la Alzada pretendida por la recurrente

Antes de ingresar al análisis del fondo de asunto, estimo pertinente comenzar por definir lo concerniente al replanteo y pedido de ampliación de prueba introducido por la accionante en esta instancia (v. supra III.vii).



Sabido es que la instrucción del proceso es, como regla, actividad cuyo desarrollo corresponde al trámite de la primera instancia, lo que impone el tratamiento restringido del instituto del «replanteo» de prueba en la Alzada, siendo excepcional la posibilidad de admitir la reedición de la etapa probatoria en esta instancia.

Dentro de ese marco, no puede dejar de advertirse que la apelante no efectuó el «replanteo probatorio» de que se trata dentro de los cinco (5) días de notificada la providencia del art. 259 CPCCN (hecho acaecido el 08/02/2005, v. cédula de fs. 2849) -conforme lo exige el art. 260 CPCCN- sino a los ocho (8) días luego de que ello aconteciera (el 18/02/2005, a las 12:21 hs., v. cargo de fs. 2867 vta.).

De lo señalado se colige que el replanteo de apertura a prueba fue efectuado en forma extemporánea, por lo que más allá de su eventual viabilidad en orden a los presupuestos que condicionan su admisibilidad, carece de aptitud para ser aceptado favorablemente, circunstancia que sella la suerte de ese planteo.

(2) El thema decidendum

Alcanzada esta conclusión, la cuestión central a dilucidar en esta Alzada queda reducida a determinar -como en la anterior instancia- la procedencia -o no- del derecho a receder de los accionistas demandantes, en tanto disconformes con la decisión social que aprobó un aumento de capital inferior al quíntuplo de éste, efectuado con el único objeto de concretar un plan de emisión de obligaciones negociables convertibles en acciones (art. 11 y 17 LON), destinado a financiar la actividad comercial de la sociedad demandada, el cual fuera resuelto en la asamblea ordinaria y extraordinaria celebrada el 31/07/2000, a la que los actores no habrían asistido.

Antes de ingresar en el tratamiento de la cuestión objeto del sub examine, entiendo conducente poner de relieve que el hecho de que los accionantes no hubiesen estado presentes en la asamblea de que se trata no constituye un elemento de interés para la solución del caso, puesto que, más allá de que esa circunstancia no fue invocada por la sociedad como un obstáculo para el ejercicio del derecho de receso, lo cierto es que de todos modos la propia LSC tampoco contempla esa ausencia como un impedimento para el ejercicio de ese derecho. Por el contrario, reconoce a los accionistas ausentes la posibilidad de ejercitar dicho derecho dentro de los quince (15) días posteriores a la clausura de la asamblea referida (art. 245, párrafo 3° LSC).

Aclarado lo anterior, y toda vez que, por lo antes dicho, la cuestión de fondo a resolver es si el art. 11 LON establece o no una hipótesis de derecho de receso independiente de la



genéricamente consagrada por el art. 245 LSC, en el sentido de no ser exigible que el aumento de capital que se decida para financiar la emisión de obligaciones negociables convertibles en acciones sea superior al. quíntuplo del capital social, entiendo conveniente para una mejor elucidación de la materia en debate, aludir, en primer lugar, al instituto del derecho de receso tal como se encuentra regulado en nuestra ley societaria, y concomitantemente también a la finalidad de dicho instituto, para luego pasar a analizar el régimen legal vigente en materia de obligaciones negociables convertibles en acciones y la tésis de ese instituto, y finalmente concluir con el examen de lo que sería el nudo gordiano de esta controversia, ut supra aludido, en orden a la correcta interpretación que cuadra efectuar del art. 11 LON. Todo ello, más allá de alguna consideración adicional que quepa efectuar, además, desde la perspectiva de lo que la accionada caratuló como el 'argumento fáctico' del conflicto, en la medida que ello sea considerado relevante como elemento coadyuvante a la solución de la litis. Veamos.

(3) El derecho de receso en la LSC y su finalidad en el régimen societario actual

En sentido jurídico el «receso» constituye la separación por propia iniciativa del accionista de la sociedad que integra. Se trata de una posibilidad ciertamente excepcional ya que no es concebible en principio -más allá de la posibilidad de transmitir sus acciones- que en una sociedad de capital -como la anónima- pueda el socio resolver parcialmente el contrato social y retirarse de ella por su sola voluntad mediante la devolución de su parte en el capital social. Por eso, ello sólo procede en los casos expresamente reconocidos por el ordenamiento societario (hoy, art. 245 LSC), sin perjuicio de los demás supuestos que las partes pudiesen haber previsto estatutariamente (cfr. art. 89 LSC; cfr. Halperín, Isaac, «Sociedades Anónimas», Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 627).

Así pues, se ha dicho que el derecho de receso consiste en «la atribución que la ley acuerda a los accionistas disconformes con determinadas resoluciones asamblearias -los ausentes y los que no las hubieran votado favorablemente- para retirarse de la sociedad mediante su manifestación unilateral de voluntad, con reembolso del valor de sus acciones» (Zaldívar, Enrique y otros. «Cuadernos de Derecho Societario». Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, t. III, p. 499, n° 44.1). Otra parte de la doctrina lo define como «el derecho potestativo del accionista, sujeto a condición resolutoria, para requerir en un plazo perentorio, la extinción del vínculo con la sociedad, en caso de decisión asamblearia expresamente prevista por la ley, o de previsión estatutaria, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones» (Dasso, Ariel Ángel, «El derecho de separación o receso del accionista», La Ley, Buenos Aires, 1981, p. 64). Y otra tan sólo refiere a este derecho como «la facultad de todo accionista de separarse de la sociedad con el reintegro de su parte en el haber social, cuando el órgano de gobierno de la misma decide reformar los presupuestos o bases de la



sociedad que aquél integra» (Nissen, Ricardo Augusto, «Ley de Sociedades Comerciales», T. 3, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1985, p. 280)

En fin, cualesquiera fuesen las variantes doctrinarias expuestas en torno a su definición, puede afirmarse que el receso es un derecho que la ley otorga al accionista en defensa de sus intereses económicos particulares, para retirarse de la sociedad en ciertas situaciones excepcionales que afectan las bases estructurales de su pertenencia al ente societario (cfr. Zaldívar, Enrique y otros, ídem). Conforman una facultad del accionista que sólo surte efectos legales cuando éste decide ejercitarla en tiempo y forma, constituyendo -en resumidas cuentas- un medio de protección de los socios que no contribuyeron con su voto a la formación de los acuerdos de reforma de la sociedad (Nissen, ob. cit., p. 280).

En tal orden de ideas, la ley caracteriza a este derecho, y con esa finalidad lo mantiene, como un remedio contra el poder ilimitado de las asambleas sociales. Es una institución de orden público, no sólo porque ampara al accionista contra decisiones de la mayoría que varían los caracteres esenciales de la sociedad afectada, sino porque la LSC expresamente prevé en el art. 245, último párrafo, la nulidad de «toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio» (Halperín, ob. cit., p. 626; Verón, Alberto, «Sociedades Comerciales». T. V, Ed. Astrea. Buenos Aires, p. 426). Es por ello un instituto irrenunciable e insusceptible de ser desconocido por los estatutos y, menos aún, por decisión asamblearia. Ello, pues, el derecho a receder es *conditio sine qua non* para el ejercicio de la libertad contractual en el ámbito de la sociedad anónima.

En esa inteligencia, es indudable que el derecho de receso tiene por objeto satisfacer dos (2) intereses igualmente legítimos: i) el individual del accionista de no aceptar modificaciones sustanciales en el marco del ente societario, y ii) el de la sociedad a tomar decisiones que propicien el cumplimiento de su objeto social, modificando -de ser ello necesario- los estatutos sociales (ver, Auletta, G. y Salanitro, N., *Diritto commerciale*, p. 197, Ed. Giuffrè, Milano, 1977, Milano, cit. por Escuti, Ignacio (h.), «Receso, exclusión y muerte del socio », Ed. Depalma, Buenos Aires», p. 131 y ss.).

Ahora bien, en el tema que aquí concierne (aumento de capital), si bien estuvo mucho tiempo discutido en doctrina si la decisión asamblearia de aumentar el capital social, en tanto modificatoria del contrato social, habilitaba el ejercicio del derecho de receso, la ley 22.903 - al reformar la ley 19.550- introdujo expresamente al aumento de capital superior al quíntuplo como causal expresa que habilita la separación del accionista recedente, poniendo así fin a una ya dilatada polémica (cfr. esta CNCom., Sala B, 08/06/1988, in re: «Perlas de Mir, Monserrat c. Mir, Chambell & Cía S.A. », LL 1989-E, 425 - DJ 1991-2, 159; cfr. Dasso, ob. cit, capítulos XLVIII y XLIX, ps. 165 y ss.). De ese modo -y en lo que aquí interesa-, la



redacción del art. 245 LSC establece actualmente que «(...) los accionistas disconformes con las modificaciones incluidas en el último párrafo del artículo anterior (...) podrán separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones. También podrán separarse en los casos de aumento de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio (...). Sin perjuicio de lo expuesto por el artículo 244 para la determinación de la mayoría, el derecho de receso sólo podrá ser ejercido por los accionistas (...) ausentes que acrediten la calidad de accionistas al tiempo de la asamblea, dentro de los quince (15) días de su clausura (...)».

De la interacción armónica de este precepto con los arts. 188, 234, inc. 4º y 235 LSC, en cuanto reservan como competencia de la asamblea extraordinaria las decisiones concernientes a aumentos de capital superiores al quíntuplo, se infiere que sólo un incremento de capital de dicha entidad, resuelto en asamblea extraordinaria, otorga al accionista recedente (aunque hubiese estado ausente en la reunión de socios) la posibilidad de ejercitar tal derecho, no así un aumento inferior a ese guarismo (cfr. Halperín, Isaac, «Curso de derecho comercial», Vol. II, Parte Especial Sociedades, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 390 y 241). Así lo refleja también, reproduciendo el régimen de la actual ley societaria, el art. 5º del estatuto social de 'CCI' (v. fs. 2233, 2283, 2333, certificadas por notario).

Con respecto a los motivos que determinan el reconocimiento del derecho a receder por parte del accionista disconforme con el aumento de capital decidido por la asamblea de socios, enseña Dasso (ob. cit., p. 67) que la finalidad del receso es procurar el justo equilibrio entre el interés societario en el logro de decisiones asamblearias que por vía de modificación del estatuto lo vayan adecuando para el mejor cumplimiento de los objetivos sociales y el también válido de los accionistas para exigir que la sociedad se mantenga dentro de aquel juego de normas estatutarias y legales en los que se fundamentan los derechos y obligaciones que adquirió y se obligó a cumplir cuando ingresó a la sociedad (véase también esta CNCom., esta Sala A, 09/09/1982, in re: «Almeida, Raúl J., y otro c. Sadela S.A. del Atlántico Cía. Financiera», LL, 1983-B-62, con nota de Horacio P. Fargosi, titulada «Aumento de capital, derecho de receso y entidades financieras»).

«Preservar al accionista en su derecho o exigir que aquellas bases a las cuales adhirió al escribir el estatuto o al adquirir la acción sean mantenidas en sus aspectos esenciales» es la finalidad esencial del receso y si bien también corresponde anteponer al interés particular, el interés superior de la sociedad, el receso no significa de ningún modo un sacrificio de este último en pos del primero sino una salida intermedia para dejar en pie ambos intereses satisfaciéndolos equitativamente en sus respectivas exigencias sustanciales (esta CNCom., esta Sala A, 09/09/1982, in re: «Almeida... », cit. supra).



Porque si el desenvolvimiento de la sociedad exige una modificación de los estatutos para el logro del objeto social y la moción obtiene las mayorías necesarias establecidas por la ley, la misma podrá llevarse a cabo aún en contra de la opinión de aquellos que no consideran oportuna la modificación, pero sería muy injusto que no se dejare a éstos la posibilidad de retirarse de la sociedad cuando -tal como se manifestó supra- se ha operado un cambio sustancial de las condiciones establecidas originariamente en los estatutos al cual no adhirió y susceptible de ocasionarle perjuicios: el receso viene así a satisfacer un imperativo de justicia al proporcionar un medio equitativo de satisfacción de dos (2) intereses igualmente legítimos y momentáneamente contrapuestos sin perjudicar mayormente a ninguno de los dos (2), que verán así aunque más no fuere parcialmente, cubiertas sus aspiraciones. Sacrificar completamente cualquiera de los intereses en juego implicaría un exceso inútil si existen salidas intermedias que, como el receso, proporcionan adecuada satisfacción a ambos (esta CNCom., esta Sala A, 09/09/1982, in re: «Almeida... », cit. supra).

«Esa finalidad de equilibrio entre el objetivo social y el interés del accionista, debe realizarse siempre teniendo en cuenta que subyace en toda problemática societaria el interés privatístico y una estructura tradicional en la que la sociedad sirve al hombre y no inversamente, como en una última instancia habría de ocurrir adhiriendo a posiciones contrarias» (Dasso, op. cit. p. 69).

En el caso particular del aumento del capital social por encima del quíntuplo (o sea con modificación de los estatutos) los argumentos precedentemente indicados que justifican la existencia del receso en general, mantienen plenamente su vigencia ya que no se dan circunstancias capaces de alterarlos (esta CNCom., esta Sala A, 09/09/1982, in re: «Almeida... », cit. supra).

Es que como lo explica acertadamente Dasso (op. cit. p. 166), el aumento de capital social coloca al accionista ante la exigencia de realizar una nueva erogación que no tuvo en mira al contratar o bien que por razones volitivas o meramente económicas puede no estar en condiciones de concretar, exponiéndoselo así a la pérdida de votos que tenía ya que, al no suscribir nuevas acciones, experimentará un deterioro en su influencia en el gobierno de la sociedad y en su parte en el capital, que será proporcional al incremento del número de acciones que no ha podido o querido suscribir (esta CNCom., esta Sala A, 09/09/1982, in re: «Almeida... », cit. supra).

Y la sola posibilidad que este método sea utilizado como instrumento para excluir a determinados socios del manejo de los asuntos sociales, como de hecho ha ocurrido en muchos casos en la práctica, justifica la existencia del receso cuando se verifica un aumento



de capital superior al quíntuplo y que puede exceder notoriamente de las posibilidades económicas del accionista. Lo contrario significaría no sólo condenar al socio en cuestión a un desembolso que tal vez no está en condiciones de efectuar, sino también en el caso de no poder efectuarlo, a permanecer vinculado a una sociedad en la que ha perdido en alguna medida -mayor o menor según fuera el caso- su influencia política y la posibilidad de participar con posibilidades de éxito en la toma de decisiones sociales lo que configuraría una verdadera injusticia (esta CNCom., esta Sala A, 09/09/1982, in re: «Almeida... », cit. supra).

Pero el reconocimiento de ese excepcional derecho sólo tiene justificación cuando la decisión social que modifica el estatuto tiene una entidad tal que altera sustancialmente las bases estructurales que dan sustento al pacto societario, lo que en materia de aumento de capital social significa, de acuerdo con el criterio del legislador de 1983, haber incrementado dicho capital por encima del quíntuplo, extremo que ha sido tomado por aquél como el límite natural entre el interés individual del socio y el interés de la sociedad, a los fines de ejercer el derecho de receso.

Por consiguiente, si el aumento de capital es inferior a ese quíntuplo, límite que la ley escogió, como se dijo, como fiel de la balanza, para dar prevalencia al interés individual del accionista por sobre el social exteriorizado en la decisión mayoritaria de aumentar el capital, el accionista se encuentra obligado a sacrificar su interés individual como accionista en pos de los de la sociedad, debiendo soportar las consecuencias que para la situación particular del socio se derivan de ese aumento de capital, ya sea efectuando los aportes dinerarios que sean menester con el objeto de suscribir las nuevas acciones que se vean implicadas en el aumento de capital decidido por la asamblea, o bien, tolerando que lo hagan otros socios o terceros ajenos a la sociedad, con la consiguiente pérdida de influencia de aquél en las decisiones sociales.

Es por eso que, no afectado este punto de equilibrio en el que se vería groseramente perjudicado el interés individual del accionista (aumento de capital superior al quíntuplo), los derechos particulares de este último carecerían de entidad para ser opuestos frente a los superiores intereses de la sociedad. Es que -fuera de ese marco- el interés individual del accionista no puede ser invocado para perjudicar el interés social e, incluso, la continuidad de la sociedad comercial en sí misma, lo que ocurriría si quedase abierta la posibilidad de que el accionista disconforme con la decisión social adoptada por mayoría ejerciese su derecho de separación sin limitación alguna.

Alcanzada esta conclusión, corresponde pasar a analizar la incidencia de lo hasta aquí expuesto en la esfera de las obligaciones negociables convertibles en acciones (en lo sucesivo ONC), toda vez que el régimen legal respectivo (LON) alude explícitamente al



ejercicio del derecho de separación por parte de los accionistas disconformes en los supuestos en que se ha decidido la emisión de este tipo de obligaciones negociables, y lo que pretende la actora es que ese régimen sea escindible e independiente del genéricamente establecido por la LSC para los aumentos de capital, en general, conforme se ha venido describiendo.

(4) Las obligaciones negociables convertibles en acciones (ONC) y la finalidad de dicho instituto en nuestro régimen legal

Es sabido que la obligación negociable es un valor mobiliario emitido en masa por una persona jurídica, representativo de un empréstito a mediano y largo plazo, que, para el caso de ser convertible en acciones de la sociedad emisora, adita al suscriptor la opción de pasar de acreedor a socio, conforme se ejercite tal opción (cfr. Kenny, Mario, *Obligaciones Negociables*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p.9; Alemandi, Miguel - Gómez Bausela, Silvia, *Obligaciones Negociables*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1991, p. 81)

De ello se infiere como nota caracterizante de la ONC, la de otorgar al obligacionista la opción de canjearlas por una cantidad de acciones representativas del capital social de la sociedad emisora según una relación de conversión previamente estipulada (art. 5 LON).

Repárese que este tipo de obligaciones permite combinar particularmente la necesidad de financiamiento de mediano y largo plazo, con la de un futuro aumento del capital de la emisora. Ello explica por qué la emisión de ONC trae aparejada la decisión de aumentar el capital social en la proporción necesaria para atender los futuros pedidos de conversión (art. 17, primer párr. LON).

Ha sido ésta una innovación trascendente de la LON respecto de los regímenes preexistentes sobre debentures y bonos convertibles, toda vez que el procedimiento de emisión de obligaciones convertibles contiene en sí todos los presupuestos del aumento de capital, y es posible -a diferencia de aquellos- la conversión fluida, automática, sin que sea necesaria una nueva actividad deliberativa de la asamblea (Kenny, Mario, *ob cit.*, p. 38).

Sin embargo, el aumento de capital originado por la emisión de ONC reviste peculiares características frente al procedimiento previsto en la LSC: a) es escindible, al operar en la medida de las conversiones que se concreten en el futuro; b) al ser resuelto en forma implícita junto a la emisión de las obligaciones- se trata de un aumento eventual (si no hay conversión, puede no ocurrir); c) es progresivo, al no producirse todas las conversiones coetáneamente; d) la emisión de está sujeta a la condición suspensiva de que el obligacionista notifique el ejercicio de la conversión (Kenny, Mario, *ob cit.*, p. 38, 39).



Asimismo, si la sociedad emisora no estuviere admitida a la oferta pública o cotización de sus acciones y sí para las obligaciones convertibles, debe cumplir los trámites necesarios en forma previa al inicio del período de conversión; si no lo hiciera o -en la hipótesis opuesta- se le denegare la autorización, los titulares de obligaciones negociables convertibles tienen opción para pedir el reembolso anticipado, o la conversión y el ejercicio simultáneo del derecho de receso «en los términos de la ley 19.550, texto ordenado en 1984» (art. 22 LON).

Así pues, caracterizándose el régimen de las ON por su mayor flexibilidad respecto al régimen de los debentures al implementar un mecanismo de capitalización de deudas que permite a las sociedades un mayor acceso al crédito, es claro que la finalidad de las ONC no es otra que la de facilitar un mayor margen de financiación a los fines de que las sociedades puedan concretar proyectos acordes con el objeto social previsto, lo que supone la mayor laxitud en el otorgamiento de esa financiación, y al mismo tiempo, la mayor estrictez que sea factible en orden a las posibilidades de que los socios resistan esa alternativa, retirándose de la sociedad.

Llegado a este punto del análisis, corresponde entonces -ahora sí- pasar a examinar el nudo central de la cuestión traída a decisión de este Tribunal, que reside -conforme ya se adelantara- en establecer el verdadero sentido y alcance de las directivas del art. 11 LON, en cuanto habilitan el ejercicio del derecho de receso del accionista disconforme con la decisión social mayoritaria de emitir ONC.

A ello me abocaré seguidamente.

(5) El nudo gordiano de la controversia: la correcta hermenéutica del art. 11 LON

El precepto aludido en el acápite establece que «los accionistas disconformes con la emisión de obligaciones convertibles pueden ejercer el derecho de receso, conforme el art. 245 de la misma ley (LSC), salvo en las sociedades autorizadas a la oferta pública de sus acciones y en los supuestos del artículo siguiente....» (el subrayado me pertenece).

Dos (2) posturas completamente disímiles sustentan las partes en torno a la interpretación de este precepto. Así, mientras la actora sostiene que la decisión asamblearia de emitir obligaciones negociables convertibles en acciones otorga al accionista disconforme la facultad automática de ejercer el derecho de receso en todos los casos, la demandada -por su lado- aduce que, para el ejercicio del derecho en cuestión, es menester que se encuentren reunidos -además- los restantes recaudos a los que el art. 245 LSC condiciona el ejercicio de



ese derecho en los supuestos de aumento de capital, y entre ellos, que ese aumento sea superior al quíntuplo del capital social. La dilucidación de cuál de estas posturas debe prevalecer constituye, entonces, como se anticipó, el eje central de la controversia. Veamos.

No puedo dejar de reconocer que, a primera vista, y dejándose seducir por una lógica jurídica basada en la literalidad de las palabras y en una interpretación exegética del precepto que se analiza en consonancia con el art. 17 de la misma ley, uno puede sentirse tentado, como intérprete -y eso me parece que ocurrió con la distinguida Sra. Jueza de grado-, a inclinarse por la postura sustentada en el pleito por la parte actora, seguramente influido también por la tendencia tuitiva que, en general, subyace en toda la problemática del receso orientada a proteger al accionista minoritario del poder de las mayorías, lo cual se ve potenciado, en el caso, por el hecho de que quien pretende ejercitar ese derecho en este juicio es la viuda del ex titular de las acciones y sus dos hijos menores, y por eso mismo, presumiblemente ajenos a toda injerencia en la génesis de la decisión empresarial que llevó a la emisión de las ONC.

Desde esta perspectiva inicial no se ve como irrazonable interpretar que, cuando el art. 11 LON remite al art. 245 LSC, o sea, cuando dice que el accionista disconforme con la emisión de ONC puede ejercer el derecho conforme a este último precepto, lo hace en realidad en el único sentido de "identificar" al instituto al que se remite (o sea al derecho de receso), pero sin pretender remitir a él en toda su extensión, y en particular, a las modalidades de ejercicio de ese derecho para los supuestos «normales» de aumento de capital (o sea, sin emisión de ONC).

Esta interpretación se ve reforzada por el hecho de que si, de acuerdo con el art. 17 LON, «la resolución sobre la emisión de obligaciones negociables convertibles implica simultáneamente la decisión de aumentar el capital social en la proporción necesaria», o sea, en otras palabras, que la emisión de ONC presupone necesariamente un aumento de capital ¿cuál sería el sentido de prever en el art. 11 que el accionista disconforme con la emisión de ONC tiene derecho a ejercer el receso, únicamente y con los alcances del art. 245 LSC, si de todos modos eso ya de por sí sería así, sin necesidad de decirlo expresamente, por el solo hecho de que la emisión de ONC implica siempre un incremento de capital, siendo por ende aplicable a él el régimen jurídico que contempla el mencionado art. 245?

Sin embargo, pese a esta tentación inicial, tan pronto como se profundiza el análisis de la cuestión y se amplía la perspectiva hacia una hermenéutica integral de todo el ordenamiento societario, que involucre la ponderación de la finalidad económica implícita en la decisión social de emitir obligaciones negociables -particularmente cuando son convertibles en acciones, como las de la especie-, la postura no puede terminar siendo otra que la



sustentada en el pleito por la aquí demandada, máxime si se tienen en cuenta los antecedentes fácticos que precedieron a esa decisión social y la finalidad -también económica- que, desde la perspectiva comercial y del «negocio» de 'CCI' habría justificado la emisión de las ONC.

Llegado este punto, es incuestionable que a la hora de interpretar estas normas no puede dejar de advertirse que, caracterizándose el régimen de las ON por su mayor flexibilidad respecto al régimen de los debentures al implementar un mecanismo de capitalización de deudas que permite a las sociedades un mayor acceso al crédito -conforme ya fuera anticipado-, resultaría incongruente que en forma simultánea se pretendiese contemplar el ejercicio discrecional el derecho de separación del accionista, sin importar su causa y la importancia económica de la emisión. Ello, más aún, cuando lo que precisamente se pretende favorecer con la emisión de ONC es la apertura del capital social para facilitar una mayor financiación a los fines de concretar proyectos acordes al objeto social previsto.

En este marco, entiendo que el artículo materia del sub examine (art. 11 LON), armónicamente ponderado con las prescripciones del art. 17 de la misma ley, en cuanto atribuye a la resolución que dispone la emisión de obligaciones convertibles el carácter de una simultánea decisión de aumentar el capital social en la proporción necesaria, no puede ser interpretado desligado de la inserción de ese régimen en la regulación genérica sobre el ejercicio de ese derecho para los supuestos de aumento de capital social en general.

Primero, porque nada tiene de «especial» el aumento de capital social proveniente de la emisión de ONC para diferenciarlo y asignarle un régimen más benigno que al aumento de capital «común». Al contrario, si la finalidad de esa emisión es obtener financiamiento en condiciones más beneficiosas para la sociedad, esa finalidad se vería perjudicada si los accionistas pudieran retirarse automáticamente de la entidad sin ningún tipo de limitación, ya que ello forzaría a esta última a tener que reembolsar a aquéllos el valor de sus acciones y a detraer ese valor de los ingresos provenientes de la colocación de las ON, lo que frustraría la finalidad económica del plan de negocios emprendido.

En segundo lugar, tampoco parece que pueda afirmarse que el derecho de receso previsto en el art. 11 LON responda más al sólo hecho de emitirse ON que al aumento de capital que aquélla presupone cuando se trata de ONC, pues de haber sido así, la previsión sobre el ejercicio de este derecho hubiese estado consignada en la regulación de las ON en general y no, específicamente, en el artículo destinado a regular puntualmente el régimen de las ONC (art. 11 LON).



Conclúyese de ello que la factibilidad del receso en este último caso proviene justamente del aumento de capital que la emisión de estas últimas presuponen, y no del solo hecho de emitirse ON, como lo sostiene la actora. En este contexto, no pareciera haber razón alguna para distinguir un tipo de aumento de capital del otro, y por consiguiente, para no aplicarles a todos ellos las mismas reglas. Después de todo se daría en ambos supuestos el mismo fundamento para habilitar el retiro del accionista de la sociedad, que no es otro, conforme ya se refirió al tratar este tema en e1 considerando (3), que e1 de satisfacer un imperativo de justicia al proporcionar un medio equitativo de satisfacción de dos (2) intereses igualmente legítimos y momentáneamente contrapuestos (el del accionista y el de la sociedad) sin perjudicar mayormente a ninguno de ellos.

Dicho de otro modo, no hay nada de especial que se visualice en la situación del accionista afectado por un aumento de capital inferior al quintuplo, originado por emisión de ONC que no lo padezca también el accionista perjudicado por un aumento de capital ordinario (sin emisión de ONC) ¿por qué entonces reconocerle el derecho a aquél y no a éste?

No he podido encontrar, pese a haber buceado en numerosas alternativas, alguna razón que pudiera justificar esta diferencia de régimen. Tampoco, en realidad, la actora ha dado una explicación plausible a este respecto.

A su vez, tampoco puede atribuirse irracionalidad o falta de previsión al legislador, motivo por el cual, en la duda, y ante la ausencia de alguna razón que permita explicar una eventual diferencia de régimen entre ambas situaciones, debe estarse por la interpretación que asigna a una y a otra la misma solución legal (arg. art. 16 CN).

En todo este contexto, partiendo entonces de la base de que, de acuerdo con una lectura integradora de los arts. 11 y 17 LON, según la cual la decisión de emitir ONC implica, necesariamente, la de concretar -en forma paralela-, un aumento de capital social, tal circunstancia conlleva ineludiblemente a interpretar la remisión al art. 245 LSC que hace el primero de esos preceptos (art. 11 LON), como una remisión integral a todo el régimen del receso por aumento de capital que aquél contempla, denotándose -en suma- una relación de dependencia o subordinación de una premisa (la norma del art. 11 LON) respecto de otra a la que aquélla debe conformarse (en el caso, el art. 245 LSC), concluyéndose de ello que el derecho de separación del accionista es sometido por la LON a la regulación genérica prevista por la LSC en esta materia.

Éste es el pensamiento de autores como Kenny (co-redactor de la LON), quien comparte la postura de que en las sociedades por acciones cerradas «los accionistas disconformes con la emisión de obligaciones convertibles « gozan de la facultad de ejercitar el «derecho de



receso, puesto que se trata de un aumento potencial del capital social que compete a la asamblea extraordinaria y que implica un desembolso para el socio (art. 245, primer apartado, LSC)» (Kenny, Mario, ob. cit., ps. 106/107). De ello se colige que el ejercicio de dicho derecho está sujeto a un previo requerimiento: la verificación de que el aumento de capital fuese superior al quíntuplo del ya existente. Caso contrario, el derecho de separación del accionista por la causal 'aumento de capital' originado en la emisión de obligaciones negociables convertibles en acciones devendría improcedente.

Desde esta perspectiva, lógico es concluir que -tal como lo sostuviera en estas actuaciones 'CCI'- para el ejercicio del derecho de receso, el accionista debe hallarse comprendido en alguna de las situaciones establecidas en el art. 245 LSC. En este plano, si por emisión de ONC, el aumento de capital simultáneo establecido en el art. 17 LON resultase superior a ese quíntuplo -causal prevista en el art. 245 LSC-, ello traería aparejado que el derecho de receso del accionista fuese oponible a la sociedad. En cambio, si el aumento de capital fuese inferior al quíntuplo -como acontece en la especie- la causal precedentemente citada no llegaría a verificarse, lo que conllevaría a concluir que -en tal supuesto- el accionista disconforme carece del derecho a receder.

Hay un aspecto adicional en la regulación de las ONC que confirma el acierto de esta interpretación, cuál es el tratamiento fuertemente más restrictivo que la LON asigna al derecho de receso en este supuesto en comparación con el art. 245 LSC, lo que -ciertamente contraría abiertamente la interpretación amplia esbozada por la accionante, en el sentido de que la simple decisión de emitir obligaciones negociables convertibles en acciones -cualquiera sea su número- habilitaría a ejercer el derecho bajo estudio.

En efecto: la LON suprime el derecho de receso en los casos en que, pese a haberse configurado alguna de las situaciones establecidas en el art. 245 LSC, la sociedad emisora de las ONC esté autorizada a hacer oferta pública de sus acciones (art. 11, tercer párrafo, LON) o se configure alguno de los supuestos de supresión o reducción de plazo de ejercicio del derecho de preferencia o supresión del derecho de acrecer establecidos en el art. 12 LON (art. 11, tercer párrafo, LON).

Es decir, siempre que en virtud de estarse en alguno de los casos del art. 245 LSC el accionista tuviera el derecho a ejercer el receso, ese derecho queda suprimido si se configura alguna de las situaciones precedentemente descritas, lo cual evidencia un régimen claramente más restrictivo que el del art. 245 LSC.

En síntesis, el art. 11 LON no crea una causal ajena a las reguladas por la LSC para el ejercicio del derecho de receso, sino que hace extensivo el alcance de esta última al ámbito



de las ONC, a tal extremo que la misma letra de este artículo reconoce la facultad de separación del accionista «conforme» al art. 245 LSC, es decir «con arreglo a, a tenor de, en proporción o correspondencia a, de la misma suerte o manera que» este artículo de la ley societaria (dicho esto de acuerdo al significado de esa palabra en el Diccionario de la Real Academia Española). Es claro que con dicha enunciación, lo que el legislador quiso fue intensificar el carácter restrictivo del derecho sub examine, y no -como pretenden los accionantes- ampliar su ámbito de aplicación. Al respecto, repárese que si se diese la lectura sugerida por los actores al art. 11 LON, se propiciaría -irónicamente- el desmembramiento del capital social, al permitirse, con el ejercicio indiscriminado de la facultad de receso, una mayor liberalidad a aquélla que la misma ley societaria confiere.

En efecto: admitir la posición de los accionantes traería aparejado, como consecuencia, que el patrimonio de la sociedad que optase por emitir ONC por un importe inferior al quintuplo de su capital social, fuese objeto pasible de menoscabo frente a los requerimientos de cada accionista recedente que no compartiese dicha decisión, lo cual no parece razonable.

La que se ha venido sosteniendo es, pues, la única interpretación posible para conjugar y armonizar la LON con la LSC. Como es sabido, las leyes deben interpretarse integrando sus preceptos dentro del contexto normativo del cual forman parte y no buscando desentrañar significados que sólo responden al deseo o preferencia del intérprete, sobremanera si para ello debe desnaturalizarse la norma cuyo sentido y alcance pretende indagarse. De lege ferenda, cualquier solución sería posible y allí entran a jugar las convicciones, ideologías y preferencias del analista, pero cuando de interpretar la ley se trata la única salida viable es la que la propia ley proporciona ateniéndose -como corresponde- a la letra y al espíritu de los propios textos normativos involucrados (cfr. esta CNCom., esta Sala A, in re: «Almeida...», cit. supra).

Sabido es, además, que es regla de interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos, t. 255, p. 192 - Rep. La Ley, XXIV, 907, sum. 21) y que la inconsecuencia o falta de previsión no se suponen en el legislador, ya que como principio, las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto. La valoración axiológica de sus normas y sus consecuencias, implica que su interpretación comprenda la totalidad de los preceptos finales que los informan, de manera tal que armonicen con los principios y garantías de la Constitución Nacional. Una correcta hermenéutica impone -pues- la necesidad de interpretar razonablemente en cada caso si se vulnera o no la finalidad buscada por el legislador (véase, CSJN, 08/06/1982, in



re, «Báez, Ambrosio A. c. Báez, Paulino M»; ídem, 18/06/1982, in re: «D'Ambra, Salvador O. c/Gobierno nacional (A. N.) »; entre otros).

De no seguirse tal criterio, se estaría atentando contra la separación de poderes consagrada por nuestra Carta Magna y, por ende, se estarían prohiendo verdaderas facultades legislativas de los jueces, que, frente a textos legales que consideran inadecuados o injustos, no vacilarían en sustituir la norma por la que se estimara más adecuada; implicando ello asumir funciones de legislador, totalmente ajenas a la de los magistrados, cuya misión constitucional es interpretar y aplicar las leyes, más no crearlas (cfr. esta CNCom., esta Sala A, in re: «Almeida...», cit. supra). En tal sentido se ha expedido el Máximo Tribunal, al referir que no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la ley tal como éste la concibió, estando vedado el juicio sobre el mero acierto o la conveniencia de las disposiciones que adoptan los otros poderes en ejercicio de sus facultades (CSJN, 27/06/1978, in re: «Ríos, Ramón y otro», LL, 1978-D-117, entre otros).

Lo hasta aquí expuesto sería suficiente para definir la revocación del fallo. Existe, sin embargo, un fundamento adicional que refuerza aún más -desde otra perspectiva- la justicia de la solución alcanzada, el cual pasará a ser desarrollado en el punto que sigue.

(6) El llamado «argumento fáctico»

Me refiero a que no puede pasarse por alto que el programa de emisión de obligaciones negociables de aquí se trata habría constituido tan sólo un acto ejecutorio de anteriores decisiones tomadas por CCI con el concurso de las acciones que la parte actora hoy posee, decisiones que, en su calidad de nuevo titular de las acciones, no podían dejar de ser de su conocimiento (repárese que del mismo relato de la demanda surge que la sociedad había emitido el 02/06/2000 sendos saldos de cuentas de acciones escriturales a favor de cada sucesor de Eduardo Alberto Maurizzio, siendo celebrada la asamblea extraordinaria que dispuso la emisión de ONC casi dos -2- meses después, el 31/07/2000)

Cuadra poner de resalto en este sentido, que pese a que ello no pudo ser debidamente acreditado por las razones que fluyen del considerando IV.1, no puede soslayarse -aunque más no fuese como un elemento meramente indiciario de valoración- que la demandada denunció en autos que la emisión de las ONC tuvo su origen en sendos convenios supuestamente suscritos con socios de prestigio internacional, con el fin de reforzar la estructura de capital de la demandada y respaldar sus inversiones en concesiones viales, mediante aportes de capital y la suscripción de títulos de deuda a ser emitidos por aquélla.



Dado que dichos convenios habrían sido celebrados en el marco de un proyecto financiero que fue unánimemente aprobado por los accionistas, entre los que se habría encontrado Eduardo Alberto Maurizzio -cónyuge y padre de los hoy accionantes- (ello, ya que las decisiones a ese respecto, habían sido tomadas todas por unanimidad), no parece razonable que puedan legítimamente oponerse a aquél por el sólo hecho de no haber participado de las deliberaciones que concluyeron en tales decisiones.

En ese marco, toda vez que -tal como se refirió supra- lo resuelto en la asamblea del 31/07/2000 constituyó la conclusión de un proceso que se había originado con mucha anterioridad y que había contado con la conformidad de quienes poseían las acciones que hoy pertenecen a los actores, no parece discutible que éstos no pueden invocar ser ajenos a toda esa situación, ya que o bien la conocían, o al menos estaban en condiciones de conocerla, con sólo solicitar copia de las últimas actas de asambleas de accionistas y de los convenios firmados por la sociedad, de los que resultarían los compromisos asumidos por 'CCI' en orden al proyecto financiero de que aquí se trata.

Esto significa, lisa y llanamente, que la actora ingresó a 'CCI' como accionista ocupando la misma posición que tenía quien le precediera en la titularidad de las acciones, y por consiguiente conociendo - o debiendo conocer- dicho proyecto, lo que implicaba saber también que 'CCI' debía necesariamente emitir ONC en cumplimiento de contratos ya celebrados y aprobados con anterioridad.

Sobre esa base, la decisión de receder una vez celebrada la asamblea del 31/07/2000, se muestra cuanto menos como «sorpresiva», por no decir «abusiva», en el sentido de aparecer en contradicción con la conducta observada por el anterior titular de las acciones en orden a la aprobación del proyecto financiero en curso, con la plena conciencia de, que las ahora cuestionadas ONC debían ser imperativamente emitidas para dar cumplimiento a esos compromisos.

No obsta a esta conclusión el hecho de que esas decisiones no fueron adoptadas específicamente con el concurso de la voluntad de los propios actores, sino de su antecesor en la titularidad de sus derechos, ya que, como es sabido, nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, y recíprocamente, nadie puede adquirir tampoco un derecho mejor o más extenso que el que tenía aquél de quien lo adquirió (art. 3270 Cód. Civil).

(7) Conclusión



En síntesis, por las razones hasta aquí expuestas, entonces, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de la accionada y revocar la sentencia apelada, en lo que ha sido materia de agravio, absolviéndose a dicha parte de la acción aquí promovida.

(8) Las costas

Habida cuenta que lo hasta aquí expuesto determina la revocación de la sentencia de grado, tal circunstancia impone -más allá de la apelación existente por parte de la accionada en lo que hace al punto en cuestión- revisar la imposición de costas efectuada en la anterior instancia, debiendo este Tribunal expedirse nuevamente sobre este particular, en orden a lo previsto por el art. 279 del CPCCN.

Pues bien, sabido es que en nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos -como regla- por la parte que ha resultado vencida en aquél. Ello así en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 CPCCN) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido.

Pero ésa es sólo la regla general ya que la ley también faculta al Juez a eximir de las costas al vencido, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss CPCCN). Pero ello, esto es la imposición de las costas en el orden causado o su eximición -en su caso-, procede en todos aquellos casos en que, por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación, se hace menester un apartamiento de la regla general (cfr. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, «Código Procesal Civil y Comercial de la Nación», Tº I, p. 491).

Pues bien, ponderando tales parámetros y con los mismos fundamentos que la accionada postuló para ser eximida de las costas para el caso de mantenerse la solución propiciada, estimo que los accionantes pudieron válidamente creerse con derecho a formular su planteo en la forma en que lo hicieron, toda vez que el tópico abordado pudo, por su novedad, suscitar divergentes interpretaciones, según lo ha demostrado el resultado de este pleito. Propicio, en consecuencia, que las costas de ambas instancias sean soportadas en el orden causado (cfr. arg. arts. 68, párr. 2º, Cód. Procesal).

V.- VEREDICTO

Por lo hasta aquí expuesto, entonces, propongo al Acuerdo:



Estimar el recurso interpuesto por la accionada, revocar la sentencia apelada de fs. 2822/34 y, en consecuencia, desestimar la demanda incoada en autos por los actores contra CCI - Concesiones y Construcciones de Infraestructura S.A., a quien se absuelve, imponiéndose las costas en ambas instancias en el orden causado por las razones explicitadas en el considerando IV 8 (art. 68 - párr. 2° y 279 CPCCN).

Así voto.

Por análogas razones, la Señora Juez de Cámara Dra. Isabel Míguez y la Señora Juez de Cámara Dra. María Elsa Uzal adhieren al voto precedente.

Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los Señores Jueces de Cámara Doctores: María Elsa Uzal, Isabel Míguez y Alfredo Arturo Kölliker Frers

Buenos Aires, 03 de junio de 2008

Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se resuelve:

Estimar el recurso interpuesto por la accionada, revocar la sentencia apelada de fs. 2822/34 y, en consecuencia, desestimar la demanda incoada en autos por los actores contra CCI - Concesiones y Construcciones de Infraestructura S.A., a quien se absuelve, imponiéndose las costas en ambas instancias en el orden causado por las razones explicitadas en el considerando IV.8 (art. 68 - párr. 2° y 279 CPCCN).

María Elsa Uzal - Isabel Míguez - Alfredo Arturo Kölliker Frers

Ante mí, Valeria Cristina Pereyra.

Es copia del original que corre a fs. 2880/99 de los autos de la materia.♠