



PAZ RODRÍGUEZ, Jesús c/ CLÍNICA MODELO

LAFERRERE S.A. s/ ordinario

(CNCCom., Sala "D", 16 de abril de 2007)

Fallo de Primera Instancia:

Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial Nº 18; Sec. Nº 36:

Buenos Aires, marzo 29 de 2006.-

Y VISTOS:

Estos autos caratulados "Paz Rodríguez, Jesús c/ Clínica Modelo Laferrere S.A., s/ ordinario", Expte. Nº 46.466 del Registro de la Secretaría Nº 36 venidos para dictar sentencia;

DE LOS QUE RESULTA:

1. Jesús Paz Rodríguez, por derecho propio, promovió demanda contra Clínica Modelo Laferrere S.A. por *nulidad de asamblea y consecuente remoción de los administradores en ella electos*.

Explicó el actor que el 2.9.92 junto con los doctores Rodolfo Enrique Moretti y Norberto Miguel Sandkovsky constituyeron la sociedad -ahora demandada- mediante escritura pública Nº 153. Dijo que en ese entonces participó con una inversión equivalente al 11% del capital social representando por 600 acciones.

Adujo que si bien en los comienzos el desarrollo de la actividad social era normal, luego de su renuncia al cargo de director se sucedieron hechos irregulares. En tal sentido, manifestó que: a) la conducta de Moretti y Sandkovky era obstruccionista a las opiniones de los socios, no obstante lo cual ambos se beneficiaban con la sociedad, b) advirtió -en tanto contador de profesión- irregularidades de índole administrativa (vgr. pagos efectuados por la clínica sin comprobantes respaldatorios), c) tres actos asamblearios (del 30.12.02, 24.10.03 y su



culminación del 14.11.03 y 19.12.03), también fueron irregulares en punto a su convocatoria y quórum para adoptar decisiones.

Luego, en el acápite III expuso las razones que dan lugar a la nulidad y remoción impetradas.

Fundó en derecho su pretensión y ofreció prueba.

2. Corrido el traslado de la demanda –a la que se le imprimiera el trámite de juicio ordinario, ver fs. 86-, el síndico del concurso preventivo de la demandada se expidió en fs. 102.

En dicha presentación explicó el funcionario que "...la cuestión a dilucidar en este expediente debe resolverse exclusivamente entre las partes, toda vez que lo debatido escapa al ámbito de la ley concursal...".

3. Clínica Modelo Laferrere S.A., por medio de apoderado, contestó la acción incoada en su contra con la presentación de fs. 160/167.

Con carácter liminar, negó todos y cada uno de los hechos invocados en el escrito inaugural de la instancia.

Reconoció la constitución de la sociedad y la participación social del accionante. Seguidamente negó –transcripto aquí en apretada síntesis y en cuanto interesa referir-: a) que haya habido abuso de posición mayoritaria en la sociedad, b) que la sociedad aumentara sus pérdidas, c) que la conducta de Moretti y Sandkovsky se convirtiera en obstruccionista y que ambos fueran beneficiados por la sociedad, d) que la clínica pagara servicios de laboratorio y careciera de los comprobantes respaldatorios y, e) las versiones de lo acontecido en las distintas asambleas.

Explicó que la sociedad creada en 1992 creció y se desarrolló notablemente en los primeros años, se distribuyeron utilidades y se efectuaron inversiones.



Dijo que en el año 1999/2000 comenzó a sufrir los embates de la recesión, y que a partir de la presentación en concurso preventivo pudo encontrar un equilibrio económico.

Adujo que el accionante fue director de la clínica desde 1998 (por más de cinco años), que participó en todas las reuniones y que jamás objetó nada. Además -añadió-, como accionista votó favorablemente los estados contables y la gestión de los directores hasta el año 2002.

Señaló que a partir de la asamblea del 30.12.02 fue el actor el que actuó de manera obstructiva y con el propósito de tomar el control del ente.

Dio detalle de lo acontecido en las asambleas impugnadas.

Citó jurisprudencia en apoyo de sus dichos y fundó en derecho.

Finalmente, ofreció prueba.

4. Concluida la etapa probatoria y puestos los autos para alegar (ver fs. 340), la sindicatura se expidió en fs. 355/360, la actora en fs. 366/367 y la demandada en fs. 369/370.

5. El decreto de autos para sentencia obrante en fs. 372 se encuentra actualmente ejecutoriado y con ello el suscripto habilitado para pronunciar decisión definitiva.

Y CONSIDERANDO:

1. Los términos en que fue concebido el escrito que dio inicio a estas actuaciones, distó de aportar con la precisión que exige el cpr 330:3° y 6°, la cosa demandada y la petición. En efecto, no se ha explicado con claridad el contenido de la pretensión por cuanto en fs. 63, apartado I, objeto, se demandó por nulidad de asamblea y, consecuentemente, por remoción de los administradores en ella electos. Confrontado este dato con la relación de los hechos, se aprecian concernidos tres actos asamblearios (del 30.12.02; 24.10.03 y su culminación del 14.11.03 y 19.12.03) mediante confusas e incompletas referencias. Sin embargo, estimo que



resulta de toda evidencia que la asamblea concretamente cuestionada es la señalada en último término a poco que se repare en la transcripción, que destaque en cursiva, de la médula de la pretensión material que refiere en singular a la asamblea y la remoción de los integrantes del órgano de administración en ella electos. No obstante la recíproca influencia que guardan entre sí justifica su consideración conjunta para arribar a conclusión cierta acerca de la médula de la decisión.

2. Repasaré, en orden a lo expuesto, las decisiones adoptadas en esas reuniones para brindar un completo panorama del conflicto que debe elucidarse, con arreglo a la sucesión de decisiones sociales que culminaron en la celebración de la asamblea del 19.12.03 y porque la concatenación de esas decisiones influyen en la decisión que debo emitir:

(i) asamblea del 30.12.02: cuyo objeto consistió en la consideración de la documentación social correspondiente al ejercicio cerrado en 30.06.02 y la elección de dos directores titulares y un suplente. Negó el actor haber asistido a ella pese a consignarse en el acta respectiva que se hallaban presentes todos los accionistas y las decisiones fueron adoptadas por unanimidad, oportunidad en la que se dejó constancia que el Sr. Paz Rodríguez habría propuesto los candidatos a integrar el directorio de la sociedad demandada (v. misiva de fs. 99 y constancia de fs. 202 vta.). Y la versión del accionante ha quedado corroborada con la documentación que aportó la demandada (fs. 281/2), de la que surge que ninguno de los accionistas suscribió el libro de registro de asistencia a asambleas, y que ni siquiera luce signatura luego de las atestaciones consignadas dando cuenta del depósito de los títulos y el cierre de ese registro. La secuencia lógica de actos societarios se complementó, según constancia de fs. 246, con la distribución de funciones en el seno del órgano de administración;

(ii) asamblea del 24.10.03 y su continuación del 14.11.03: su convocatoria tuvo por objeto (fs. 248), en lo que aquí interesa, la consideración de la documentación social de los ejercicios cerrados en 30.06.02 y 30.06.03, la consideración de la gestión de los directores, y la elección de dos directores titulares y un suplente por renuncia de los Sres. Sandkovsky, Moretti, Karliner y Bucello. El accionante alegó que comunicó su voluntad de votar acumulativamente mediante carta documento



que transcribió en fs. 65. Planteadas en la deliberación por el aquí actor severas objeciones a la regularidad del acto, vinculadas principalmente con la ausencia de comunicación de la asistencia de los restantes accionistas, se pasó a cuarto intermedio hasta el 14.11.03. En esta segunda etapa, Paz Rodríguez insistió en ser el único accionista habilitado para conformar la voluntad social pero, por mayoría, se decidió la convocación de nuevo acto asambleario para la consideración de similar orden del día;

(iii) asamblea del 19.12.03: fue convocada mediante la publicación cuyo tenor literal obra en fs. 157. Estuvieron presentes todos los accionistas y en ella se rechazó la gestión del directorio (los directores Sandkovsky y Moretti se abstuvieron de emitir su voto), la promoción de acciones de responsabilidad, la aceptación de la renuncia de los directores, se fijó en dos el número de integrantes del directorio y un suplente (aquellos integrantes del órgano de administración votaron en ese sentido estos acuerdos sociales) y se designaron las personas que desempeñarían dicha función orgánica. Todo ello conforme surge del acta notarial copiada en fs. 206/16 (que en original obra en fs. 145/55 y coincide sustancialmente con la de fs. 110/116 del expediente "Paz Rodríguez, Jesús c/ Clínica Modelo Laferrere S.A. s/ medida precautoria", que tramitó ante la Secretaría N° 36 de este Juzgado y se halla registrada bajo N° 46.270).

3. La síntesis de los hechos acontecidos realizada precedentemente permite aseverar -como primera conclusión- que la unanimidad de la asamblea del 30.12.02 (LSC 237, apartado tercero) sólo constituyó una declaración vacua, carente de asidero, con sujeción a las circunstancias reseñadas en el acápite (i) del anterior apartado. Por consiguiente, sus decisiones no tuvieron eficacia vinculante respecto de la sociedad y los accionistas (arg. LSC 233 último párrafo). Y esta consideración encontró adecuado sustento en la conducta del directorio del propio ente demandado que decidió convocar a asamblea ordinaria con temario parcialmente coincidente.

Destaco que esa convocatoria fue decidida en el seno del órgano de administración que funcionó bajo la presidencia de Sandkovsky, quien no integraba el elenco de administradores designados en el acto asambleario del 30.12.02. Ello importó la expresa admisión del defecto apuntado, cuyo efecto lógico es la declaración de



inexistencia. Esa consecuencia deriva del incumplimiento de las exigencias que prescribe el citado art. 237, tercer apartado del ordenamiento societario: el acto ni aún desde una perspectiva puramente formal puede estimarse válido, en tanto careció en su formación del concurso de las voluntades necesarias para alcanzar ese fin.

4. Como se evidencia con las constancias de fs. 283/4, reitero que se trata de material probatorio aportado a la causa por la sociedad demandada, la asamblea que se convocó con la finalidad de superar los defectos de la mencionada en el capítulo antecedente (24.10.03), sólo contó con la firma del aquí actor en el libro de asistencia.

Pero debo destacar que tampoco esa reunión social pudo sesionar válidamente: Paz Rodríguez no depositó sus acciones –obsérvese que nunca afirmó haberlo hecho– con la antelación requerida (LSC 238, apartado primero), para lo cual tengo en cuenta que el capital se representó en acciones al portador (artículos cuarto y quinto del estatuto, fs. 321/2 y copia certificada de fs. 86/7 del proceso cautelar de idéntica carátula que la presente causa).

Apreciada la cuestión a la luz de las disposiciones de la ley 24.587, en tanto advierto que no se procedió de conformidad con lo que dispone su art. 6, dentro del plazo que, luego de sucesivas prórrogas, feneció en 30.06.01 (Decretos N° 416/2000 y 1301/2000), se encontró el aquí actor impedido de ejercer los derechos inherentes a las acciones regularizadas (art. 7, ley cit.), más allá de que pudieran encontrarse en la misma situación los restantes socios del ente (CNCom, Sala C, 14.9.99, "Galati, Mario c/ Cusanelli, Carlos (presidente de Tempora S.A.) s/ sumario"). De cualquier manera, aunque por vía de hipótesis pudiera considerarse que esa anómala situación en la que incurrieron también los demás accionistas, no obstó para el ejercicio de los derechos emergentes de los títulos accionarios y en idéntica posición que la falta de cuestionamiento de la calidad de accionista no se erigió en óbice para ejercer los derechos que derivan del carácter de accionista, en verdad es que no se acreditó que la misiva aludida en fs. 65 haya sido efectivamente emitida y recibida por la sociedad en la oportunidad que indica el aludido art. 238 de la ley 19.550. Ninguna prueba se aportó para abonar ese



extremo, siquiera en copia. Y el acta de constatación de fs. 100 de la medida cautelar no tuvo por objeto el anoticiamiento de la concurrencia a la asamblea.

En concordancia con lo expuesto el aquí actor tampoco se encontró habilitado para ejercer el derecho a votar acumulativamente (arg. LSC 263:1º). Por consiguiente, ningún derecho de su parte resultó afectado.

El peculiar registro inserto en fs. 283/4 de la firma de tres accionistas con posterioridad al cierre (al menos tal es lo que cabe concluir pues no se indicó su fecha y obran a continuación del registro del actor, una vez cerrada la registración de la asistencia) no los habilitó para asistir a la continuación del acto en 14.11.03. Si se decidió en la asamblea del 24.10.03 –en el caso de considerarse válido lo actuado en esa oportunidad- pasar a cuarto intermedio, sólo se encontrarían habilitados los partícipes originarios (arg. LSC 247). Sin perjuicio de ello, indico que los incumplimientos destacados respecto del actor pueden reproducirse con relación a Sandkovsky, Moretti y Puglisi. Pretender, por otra parte, que el registro se desdoble para la primera y segunda convocatoria importa desconocer la solución del citado art. 238 LSC, y la imposición estatutaria referente a la celebración de asambleas en segunda convocatoria una hora después de la primera (artículo duodécimo, fs. 323/24).

En la inteligencia descripta es evidente, entonces, que la asamblea del 24.10.03 y su continuación del 14.11.03, constituyen también actos inexistentes, que carecen de efectos frente a la sociedad y los accionistas.

Queda por señalar que, de todas maneras, la solitaria decisión adoptada por Paz Rodríguez -en las oficinas del notario cuya intervención requirió- y que intentó imputar como voluntad social, únicamente refirió a dos puntos del orden del día: desaprobación de la gestión del órgano de administración, con la consecuente promoción de acciones de responsabilidad, y el rechazo de la ratificación de la presentación de la sociedad en concurso preventivo. Y así, carecen prácticamente de relevancia respecto de las decisiones que adoptó la asamblea cuestionada (19.12.03).



5. Como he tenido por inexistentes las asambleas del 30.12.02 y la iniciada en 24.10.03 y clausurada en 14.11.03, en virtud de los defectos puntualizados que los accionistas no pudieron válidamente ignorar, porque de un modo u otro contribuyeron a su configuración o la consintieron tácitamente (arg. cciv 1047), se impuso el retorno al cauce normal de funcionamiento de la sociedad aquí demandada. Como ha sido juzgado, la inexistencia de un acto jurídico impide la aplicación del art. 251 LSC; sin perjuicio de la eventual anulabilidad de los instrumentos falsificados o adulterados (CNCom, Sala B, 28.10.05, "Armanino, Leopoldo Aquiles c/ Colegio del Árbol S.A. y otros s/ sumario"; ED, ejemplar del 10.03.06, p. 5, www.societario.com, REDS nº 24, ref. nº 6336).

Una digresión: aunque no se comparta que los vicios que afectaron a dichas asambleas conduzcan a su inexistencia, su invalidez resulta incuestionable al menos con arreglo a la disposición del cciv 18 (aplicable en el caso por virtud de la remisión de la Regla I del Título Preliminar y el art. 207 ccom), si es que no se las considera incorporadas a las situaciones reguladas por el art. 251 LSC.

Téngase en cuenta que se encuentra probado en este trámite que –como fue parcialmente adelantado– la sociedad intentó adecuar su situación interna a las prescripciones legales. Tal aserto se abonó en los hechos a través de la reasunción de Sandkovsky como presidente del directorio (recuerdo que la asamblea del 30.12.02 no lo designó como integrante del órgano de administración) y en tal carácter convocó a la asamblea del 19.12.03. Con independencia de la responsabilidad que pudiera haber derivado de esa actuación irregular –que alcanza también al presidente y directores elegidos en asamblea inexistente– lo cierto es que tal proceder se sujetó a lo que dispone el art. 259 LSC, esto es, cumpliendo funciones hasta su reemplazo pues fue designado por decisión del directorio del 06.11.01 (fs. 244). E idéntica conclusión alcanza a los restantes miembros del órgano de administración: Moretti, Karliner, Bucello, como titulares y Puglisi como suplente.

6. La decisión del directorio del 20.11.03 (fs. 249) que convocó a asamblea ordinaria –que se celebró en 19.12.03– fue adoptada con la intervención de Sandkovsky y Moretti sin la participación de los otros directores recién mencionados.



El alcance de la pretensión -precisado en fs. 67 vta.- apuntó a la declaración de nulidad de la integridad del acto asambleario del 19.12.03, precisamente con base en la defectuosa decisión del órgano de administración. Al respecto el artículo octavo del estatuto prevé la integración de ese órgano con el número de directores que fije la asamblea entre dos y ocho miembros. Debe funcionar con la presencia de la mayoría de sus miembros y adoptará sus decisiones por mayoría de votos presentes. Resulta claro que la disposición estatutaria no puede fraccionarse y, por consiguiente, el quórum era de tres directores como mínimo y las resoluciones debían adoptarse por lo menos con el voto de dos integrantes porque desde su constitución la asamblea designó cuatro directores y un suplente.

Pero se omitió considerar las consecuencias derivadas de la participación del elenco íntegro de socios en esa asamblea, entre los que se encontró quien continuaba en esa época siendo director suplente, Puglisi, que como accionista acompañó la posición del aquí actor al punto de haber rechazado la gestión del directorio que, en las condiciones del art. 258 LSC, debió haber integrado. Esa participación en la asamblea conduce a estimar purgado el vicio en la convocatoria por falta de quórum adecuado en la reunión del directorio del 20.11.03 (arg. cciv 1047).

Al respecto debe tenerse también en cuenta que el rechazo de la gestión del directorio -correspondiente a los ejercicios cerrados en 30.06.02 y 30.06.03- no produjo como efecto inmediato la remoción de los directores porque tal consecuencia no está prevista en el ordenamiento legal, sino como derivación del acuerdo asambleario que decida la iniciación de la acción social de responsabilidad (LSC 276). Ciertamente es que Sandkovsky y Moretti votaron ese punto del orden del día y, como es de suponer, se opusieron a la promoción de dicha acción en franca violación con la disposición del art. 241 LSC. Pero esta situación no asume relevancia jurídica -sin desmedro de la responsabilidad que pudiera corresponderles- a poco que se repare que renunciaron seguidamente (fs. 115 de la medida cautelar), de modo que la cuestión reviste únicamente trascendencia teórica. Pero, apreciada la cuestión desde otra óptica, en tanto no se hallaron habilitados Sandkovsky y Moretti para emitir su voto en la respectiva decisión como dispone el precepto recordado, el acuerdo sobre el punto concerniente a la



promoción de la acción social de responsabilidad debe quedar privado de efectos (arg. 251 LSC).

En contrario de la posición sostenida en fs. 67 vta., Roberto Jorge Varela no fue removido –como quedó expuesto– sencillamente porque no integraba el órgano de administración como quedó explicado en la parte final del apartado anterior. Y así no existió impedimento para su designación como director.

Alegó el demandante que se le impidió el ejercicio del derecho de voto acumulativo. Tal aseveración aparece huérfana de sustento probatorio pues no se invocó que Paz Rodríguez hubiera cumplido con la comunicación que contempla el aludido art. 263:1º de la ley 19.550. No alcanzó para ejercer dicha facultad la comunicación hecha con relación a la asamblea del 24.10.03, pues debió haberse practicado con la antelación debida al acto asambleario en el que los directores fueron designados. Apunto que los restantes accionistas nada dijeron a este respecto.

Finalmente cuestionó el actor la decisión social que redujo el número de directores a dos titulares y un suplente. Debe tenerse en cuenta que para poder aplicar el sistema de elección de directores por acumulación de votos, el número de candidatos a elegir no puede ser inferior a tres. Pero de otro lado, la LSC 255 permite que el órgano de dirección pueda estar compuesto por "uno o más directores", de modo que esta norma permite la elección de solamente uno o dos directores. No puede considerarse que la LSC 263 par. 2º derogó o modificó la previsión que ella misma expuso en su art. 255: no cabe suponer semejante contradicción interna en el texto de una ley. Consecuentemente, la posibilidad del ejercicio del derecho a votar acumulativamente para la elección de los integrantes del directorio no impone que ese órgano esté integrado necesariamente por un mínimo de tres personas. La situación es la inversa: aquella posibilidad solo podrá concretarse cuando la asamblea decida la elección de tres o más personas para la integración del órgano, ya que la ley permite expresamente integrarlo por una, dos o más personas (CNCom, Sala D, 20.10.86, "Ribatto Crespo, R. c/ Fiplasto y Cía. s/ sumario", www.societario.com, ref. nº 2538). La asamblea obró en este aspecto dentro de los límites permitidos por el estatuto (artículo octavo mencionado) y no fue siquiera alegado que esa actuación respondiera a finalidad perjudicial alguna. Tampoco se advierte que, privados por propia decisión de ejercer el derecho que



regula el art. 263 LSC, pudieran los accionistas minoritarios haber designado a uno de los directores. La cuestión es, pues, abstracta.

7. Las costas serán soportadas íntegramente por la sociedad demandada en atención a que, con prescindencia del éxito de las pretensiones del actor, dio lugar con su actitud a la promoción de estas actuaciones.

8. En virtud de las consideraciones precedentes, FALLO:

1. Hácese lugar parcialmente a la pretensión incoada por Jesús Paz Rodríguez contra Clínica Modelo Laferrere S.A.;

2. En consecuencia, decláranse inexistentes las asambleas celebradas en 30.12.02 y 24.10.03 –clausurada en 14.11.03- y

3. Declárase la nulidad de la decisión asamblearia –adoptada en 19.12.03- referida al rechazo de la acción social de responsabilidad;

4. Impónense las costas del proceso íntegramente al ente societario demandado.

5. Toda vez que el presente proceso carece de monto determinado –en los términos del art. 19 de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432-, para fijar los estipendios de los profesionales intervinientes he de atender a las pautas que emergen del art. 6, incs. b) a f), de dichas normas.

Con tales parámetros fíjanse los honorarios de: a) el letrado patrocinante y luego letrado apoderado de la parte actora Marcelo F. Miere en la suma de \$ 4.670, b) el letrado apoderado de Clínica Modelo Laferrere doctor Gustavo César Barcellandi en \$ 2.900 y, c) el síndico José Alberto Picado y su letrada patrocinante Jorgelina N. Levy, por la presentación de fs. 355/360 -pues el concurso fue homologado el 27.6.05 y la regulación allí efectuada en los términos de la LCQ no ponderó ni incluyó las mismas- en la suma de \$ 530.

6. Notifíquese por cédula por Secretaría con copia de la presente.



7. Regístrese y, oportunamente, archívese.

RAFAEL BARREIRO,
JUEZ

Fallo de Cámara:

2ª Instancia:

En Buenos Aires, a 16 de abril de 2007, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa "PAZ RODRIGUEZ JESUS c/ CLINICA LAFARRERE S.A. s/ ORDINARIO", registro n° 24.986/04, procedente del JUZGADO N° 18 del fuero (SECRETARIA N° 36), donde esta identificada como expediente N° 046466, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden los jueces Heredia, Dieuzeide, Vassallo.

Estudiados los autos, el tribunal planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el señor Juez de Cámara, doctor Heredia, dijo:

1º) La sentencia de primera instancia -dictada a fs. 373/382- admitió parcialmente la demanda promovida por Jesús Rodríguez Paz contra Clínica Modelo Laferrere S.A. y, en consecuencia, declaró inexistentes las asambleas de dicha sociedad celebradas los días 30/12/02 y 24/10/03 (esta última clausurada el 14/11/03), y nula la decisión asamblearia adoptada el 19/12/03 en lo referente al rechazo de la acción de responsabilidad contra los directores Norberto Miguel Sandkovsky y Rodolfo Enrique Moretti.



Contra ese fallo apelaron ambas partes. El actor expresó agravios a fs. 412/420, que fueron contestados en fs. 427/429. La sociedad demandada se agravió en fs. 409/410, mereciendo la respuesta de fs. 422/425.

2º) Por razones de orden en la exposición, corresponde comenzar con el tratamiento de la apelación de la parte demandada en los aspectos que se refieren al fondo del asunto.

Dos cuestiones conforman los agravios de esta parte. Por un lado, la sociedad demandada se queja porque el juez a quo no declaró caduca la acción en los términos del art. 251, tercer párrafo, de la ley 19.550. Por otra parte, afirma que en el caso se ha declarado la nulidad por la nulidad misma, en función de la protección de un interés individual del reclamante y no del interés social, y sin que se hubiera probado el perjuicio que habría causado a la sociedad la actuación de los directores Sandkovsky y Moretti.

En mi concepto, ambas críticas son inadmisibles.

Respecto de la primera, cabe observar que en su contestación de demanda la recurrente no opuso como defensa la caducidad contemplada por el art. 251, tercer párrafo, de la ley societaria. Al ser ello así, la cuestión quedó fuera del marco de la litis y marginada de la decisión del juez de primera instancia y, por consecuencia, de las facultades revisoras de esta alzada (art. 163, inc. 6º, y art. 277 del Código Procesal). De ahí, entonces, que el agravio no sea procedente porque la cuestión referida por él está fuera del *thema decidendum*, cabiendo solamente recordar que la caducidad de que se trata debe ser alegada oportunamente para ser considerada por el juez, pues ella no puede ser declarada de oficio, por no mediar causa de orden público (conf. Otaegui, J.C., *Invalidez de actos societarios*, p. 416, Buenos Aires, 1978).

En cuanto a la restante queja, corresponde recordar que la afectación del interés social que justifica la nulidad aparece suficientemente clara cuando, como ha ocurrido en el caso, la invalidez está dada por la circunstancia de que los directores Sandkovsky y Moretti votaron en el acto asambleario del 19/12/03 por el rechazo de la promoción de la acción de responsabilidad a la que se refiere el art. 275 de la



ley 19.550 (fs. 214), pese a que previamente, con su abstención, otros socios habían rechazado la gestión del directorio que ellos integraban (fs. 213 vta.), lo cual configuró un inaceptable desdoblamiento de la habilidad para votar de aquellos, pues si bien los directores-accionistas pueden participar en la constitución de la asamblea ordinaria, deben abstenerse de votar no sólo en las decisiones vinculadas con la aprobación -o desaprobación- de sus actos de gestión, sino también en las resoluciones atinentes a su responsabilidad, tal como lo ordena expresamente el art. 241 de la ley societaria (conf Verón, A., *Sociedades Comerciales, ley 19550 comentada, anotada y concordada*, t. 3, ps. 781/788, nº 3 y 4, y t. 4 p. 327, nº 3, c, Buenos Aires, 1994).

Frente a lo anterior, resulta meridianamente clara la afectación al interés social, pues no otra cosa puede deducirse del hecho de que tras haberse desaprobado la gestión de los directores, son los propios sujetos involucrados como responsables quienes valiéndose de su paralela condición de socios, hacen pesar su voto para inhibir la promoción de las respectivas acciones resarcitorias en su contra. Aun en regímenes jurídicos, como el español, en los que la ley no introduce un deber de abstención de voto de los directores-socios en las hipótesis indicadas (conf. Pérez Carrillo, E., "La administración de la sociedad anónima", ps. 197/198, Madrid-Barcelona, 1999), se admite el ejercicio de la acción de impugnación de asamblea en la situación indicada en que con el voto de los directores-socios se produce un desplazamiento de la mayoría -que en el caso había quedado integrada al desaprobarse la gestión- lesionándose, en beneficio de uno o varios accionistas (en este caso los administradores) los intereses de la sociedad (conf. Garrigues, J. y Uría, R., "Comentario a la ley de sociedades anónimas", t. II, p. 177, Madrid, 1976).

3º) Pasando ahora a la consideración del recurso del actor, conviene advertir que sus agravios se levantan exclusivamente contra lo decidido por el juez a quo con relación a la asamblea del 19/12/03, en tanto de ese acto colegial solamente declarara la nulidad de la disposición que rechazó la promoción de la acción de responsabilidad contra los directores Sandkovsky y Moretti, dejándolo válido en lo demás. Queda en claro, entonces, que ha quedado firme lo atinente a la declaración de "inexistencia" de las asambleas del 30/12/02 y 24/10/03 (clausurada el 14/11/03), lo que impide toda consideración sobre si la



"inexistencia", como categoría jurídica, puede formar o no parte del régimen de ineficacia de asambleas de sociedad.

Pues bien, agravia al actor, en primer lugar, que el señor juez no hubiera aceptado la nulidad de la referida asamblea del 19/12/03 declarando la existencia de vicio en su convocatoria fundado en el hecho de que la decisión del directorio del 20/11/03 que la convocó fue adoptada sin quórum legal.

A mi modo de ver, la crítica es inadmisibles porque la eventual falta de quórum en el referido órgano de administración para decidir la convocatoria a la asamblea, no es algo que justifique la nulidad de esta última sino, en todo caso, la nulidad del acto del directorio de que se trata, la cual pudo y no fue reclamada, ni siquiera conjuntamente con el pedido de nulidad asamblearia, tal como hubiera correspondido. Cabe recordar que las deliberaciones y decisiones del directorio son impugnables, sea por vicios de su funcionamiento, sea por su contenido, ya que deben ajustarse a determinadas normas y a sus atribuciones, limitadas por la ley y el estatuto, tal como lo ha admitido la doctrina (conf Halperin, I., "Sociedades Anónimas", ps. 438/439, n° 41, Buenos Aires, 1974; Zaldivar, E. y otros, "Cuadernos de Derecho Societario", t. III, ps. 534/536, Buenos Aires, 1978; Otaegui, J., "Administración societaria", ps. 297/300, n° 66; Roitman, H., "Ley de sociedades comerciales, comentada y anotada", t. IV, p. 479 y ss., Buenos Aires, 2006; Vítole, D. y Nissen, R., "La impugnación de decisiones del directorio", LL 1990-B, p. 966; Martorell, E., "Los directores de sociedades anónimas", p. 331 y ss., Buenos Aires, 1990; Mascheroni, F., Couso, J. y Muguillo, R., "El socio - derechos y obligaciones", p. 210 y ss., Buenos Aires, 1989), siendo claro que la oportuna nulidad del acto del directorio, para cuya promoción el accionista tiene legitimación suficiente, impide las proyecciones externas de la resolución impugnada (conf. CNCom. Sala B, 19/5/95, "Noel, C. e/ Noel y Cía. SA s/ sumario", voto de la juez Piaggi al que adhirió la juez Díaz Cordero, en ED t. 168, p. 471, con nota de Otaegui, J., "Sobre la legitimación de los accionistas y la impugnación de las resoluciones directoriales" y en www.societario.com, REDS en homenaje al Dr. Butty, ref. n° 9192), como lo sería, en el caso, la atinente a la convocación de la asamblea cuestionada.



Pero aún si se prescindiera de lo anterior y se afirmara como suficiente la sola promoción de la impugnación asamblearia, la solución no sería distinta en la especie pues, como bien lo señaló el juez a quo a fs. 380, en el acto colegial del 19/12/03 participaron todos los socios sin excepción, inclusive -a contrario de lo sostenido por el actor en fs. 415- el señor Puglisi que también votó por el rechazo de la gestión del directorio (véase fs. 213 vta.), de manera tal que la deliberación que llevaron adelante tuvo el efecto de purgar cualquier vicio de convocatoria. Como lo recuerda caracterizada doctrina, si la convocatoria fue hecha por un número de directores inferior al quórum requerido, debe ser considerada como irregular, pero que esta irregularidad no constituye una nulidad de orden público, y puede ser subsanada por los votos de una asamblea regularmente integrada y deliberando en las condiciones previstas por la ley o los estatutos (conf Sasot Betes, M. y Sasot, M., "Sociedades Anónimas -Las asambleas", p. 61, texto y nota n° 27, Buenos Aires, 1978; sobre el tema también véase: Salanitro, N., "L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni", ps. 208/209, n° 8, Giuffrè, Milano, 1965).

En fin, no es ocioso observar que la posición del recurrente es autocontradictoria porque no puede postular la validez de la asamblea del 19/12/03 en cuanto rechazó aprobar la gestión de Sandkovsky y Moretti, y al mismo tiempo postular la invalidez total del acto colegial -lo que incluiría la de la disposición referente a la desaprobación de la actuación de tales directores- por vía de afirmar que hubo vicio en la convocatoria.

4º) Tampoco merece aceptación el agravio que el actor levanta contra la sentencia por no haber considerado impedido el ejercicio de su derecho de voto acumulativo.

Por lo pronto, no cabe sino compartir lo señalado por el juez a quo en cuanto a la omisión por parte del actor de cursar la notificación contemplada por el art. 263, inc. 10, de la ley 19.550. La carta documento del 16/10/03 que menciona el recurrente en fs. 418 se refirió, tal como el propio actor lo informó en fs. 64 vta./65, a la asamblea que se celebraría el 24/10/03 y no a la del 19/12/03 que aquí interesa. Dicho sea ello, sin perjuicio de observar que esa carta documento del 16/10/03 ni siquiera fue ofrecida como prueba en estas actuaciones (véase fs. 68 y vta., cap. VII, ap. "f").



Pero independientemente de lo anterior, la crítica sobretodo no se sostiene porque la impugnación de una asamblea fundada en la afectación del derecho de voto acumulativo requiere para su procedencia de la prueba por parte del impugnante de que de haberse actuado de acuerdo con las prescripciones legales que gobiernan ese tipo de voto, habría tenido éxito en la elección de algún director, es decir, que hubiera constituido una minoría suficiente (conf CNCom. Sala A, 11/12/86, "Vistalba S.A. c/ Banco de Galicia", LL 1987-B, p. 333, www.societario.com, ref. nº 3301; Blaquier, R., "Voto acumulativo. Improcedencia de una declaración de nulidad de una resolución asamblearia (impugnación de una minoría no suficiente)", LL 1995-D, p. 1325; Favier Dubois (h), E., "Voto acumulativo, minorías suficientes y orden público", RDCO, t. 1987, p. 284).

En el sub lite dicha prueba no fue rendida, por lo que sumado a la falta de cumplimiento de lo previsto por el art. 263, inc. 1º, de la ley 19.550, no es dudosa la sinrazón del apelante.

Sólo cabría agregar a lo dicho que las pertinentes reflexiones que deslizó el juez de la instancia anterior en orden a que el ejercicio del derecho de votar acumulativamente no impone, a contrario de lo sostenido por el actor, que el directorio esté integrado mínimamente por tres personas de acuerdo a la interpretación que cabe hacer de los arts. 255 y 263 del ordenamiento societario (fs. 381), no fueron rebatidas en el memorial de agravios, el cual únicamente dedicó al punto unos mínimos renglones en fs. 419 que, desde luego, no constituyen la crítica concreta y razonada que exige el art. 265 del Código Procesal.

5º) Resta examinar el agravio referente al rechazo de la impugnación de la asamblea en cuanto en ella se resolvió designar como director a Roberto J. Varela.

La crítica del actor es también inadmisibles en este aspecto.

Para fundar ello, baste señalar que el propio recurrente acepta que sobre la persona electa no pesaba ninguna incompatibilidad en los términos del art. 264 de la ley 19.550 (fs. 419 vta.) y que, a todo evento, las restantes alegaciones que sobre dicha persona hace en la expresión de agravios, más allá de su falta de



prueba, no pasan de ser juicios genéricos sobre las aptitudes y condiciones de Varela para acceder al cargo, las cuales, como regla, quedan sujetas a la apreciación de los accionistas y a la correlativa aceptación o no de tales aptitudes y condiciones según el principio mayoritario.

6º) Dejando atrás los agravios de las partes con relación a la cuestión de fondo decidida en autos, corresponde considerar ahora el agravio de la demandada sobre la imposición de costas a su parte decidida en primera instancia (fs. 410 vta., punto III).

Al respecto, apunto que la crítica no ha sido fundada siquiera mínimamente, por lo que correspondería su deserción (arts. 265 y 266 del Código Procesal). No obstante, haciendo abstracción de lo anterior, coincido con lo resuelto por el magistrado de la instancia anterior, pues habiendo sido vencida la demandada y no dándose un caso que justifique ejercer las facultades previstas por el art. 68, segunda parte, del Código Procesal, no cabe sino estar a la imposición de las expensas a dicha parte, de acuerdo al principio objetivo de la derrota que recoge el primer párrafo de ese precepto. Corresponde, pues, confirmar la imposición de costas decidida en la sentencia recurrida.

7º) En síntesis, por las razones expuestas, entiendo que debe confirmarse la sentencia de primera instancia en lo que ha sido materia de apelación. Cada apelante cargará con las costas de su propio recurso (art. 68, primera parte, del Código Procesal).

Así voto.

Los señores Jueces de Cámara, doctores Dieuzeide y Vassallo adhieren al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Confirmar la sentencia apelada.

(b) Imponer las costas de alzada por su orden.



(c) La demanda tendiente a obtener la intervención de una sociedad, la nulidad de asambleas generales ordinarias y la remoción de los directores y síndicos de la misma no constituye un litigio de monto determinado en los términos de los arts. 6 inc. a) y 19 de la ley 21.839.

Procede, por consecuencia de lo expuesto, ponderar como factores contribuyentes de la estimativa de los honorarios, la naturaleza del juicio, el mérito profesional, la trascendencia jurídica, moral y económica y las etapas procesales efectivamente cumplidas en esta causa (Esta Sala in re, 23/12/03 "Panno, Claudia Silvina c/ Ceslestal S.A.I.C. y otros s/ medida precautoria").

Por ello, con dicha base conceptual, atento a la naturaleza, importancia y extensión de los trabajos realizados, se elevan a \$... los honorarios de letrado patrocinante del actor, Marcelo F. Miere. Asimismo, se reducen a \$... los honorarios del letrado apoderado de la demandada, Gustavo César Barcellandi; y se confirman en la suma de \$... los honorarios regulados a favor del síndico José Alberto Picado y su letrada patrocinante, Jorgelina N. Levy. Por las tareas realizadas ante esta alzada, se fija en \$... el honorario correspondiente al doctor Marcelo F. Miere; y en \$... los correspondientes al doctor Gustavo César Barcellandi (art. 14 de la ley 21.939).

GERARDO G. VASSALLO - JUAN JOSÉ DIEUZEIDE - PABLO D. HEREDIA

Fernando M. Pennacca - Secretario ♠