--- En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil diez, se reúne la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos A. Velázquez y Carlos D. Ferrari, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"K., O. B. c/ F. P. M. S.A. s/ Juicio Sumario"** (Expte. N° 156 – año: 2009) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 106. ----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** dijo el Dr. Carlos Dante Ferrari: ----------

--- **I.** El actor, en su carácter de cesionario de los derechos y acciones sociales de P. O. I., entabló la presente demanda contra la firma F. P. M. S.A., planteando un pedido de nulidad de la asamblea societaria celebrada el día 28/04/2007.----------

---

--- **II.** En su relato de los hechos refirió que, ante la convocatoria a asamblea general ordinaria a través del diario "J.", el actor tomó dos medidas: 1) realizar la comunicación del art. 238, 2do. párrafo de la L.S. y 2) otorgar poder especial al Dr. C. para concurriera en su representación a dicha convocatoria. Afirmó que al iniciarse el acto le fue desconocido a su mandante la personería conferida y la calidad de socio, impidiéndole ser tenido como parte en la asamblea y ejercer sus derechos como accionista. Expresó que para ello, el señor M. –tenedor del 51% restante de las acciones– se fundó en el art. 238 de la Ley de Sociedades. Destacó que esa comunicación fue realizada en el domicilio social con la anticipación que la norma requiere y desautorizó las restantes objeciones que le fueran opuestas en dicha ocasión, aduciendo que al haberse atribuido M. el carácter de único accionista en condiciones de designar el órgano de administración, ello importa una grave violación a los derechos societarios del actor, por lo que planteó la nulidad de la asamblea.----------

--- **III.** Corrido el traslado de ley, la demandada no compareció a estar en juicio, decretándose su rebeldía (auto de fs. 35).----------

--- **IV.** Recibida la prueba, a fs. 74/76 vta. obra el dictado de la sentencia definitiva de primera instancia que rechazó la pretensión entablada, con costas al actor. Los fundamentos del fallo, en síntesis, son los siguientes: 1) como consecuencia de la rebeldía (art. 60 C.P.C.C.), cabe tener por suficientemente acreditado que el actor es cesionario de las acciones de P. I. a tenor de la escritura pública respectiva, y que, en tal carácter, estaba legitimado para asistir a la asamblea cuya nulidad se pretende en autos. 2) Para acreditar el cumplimiento de su obligación de socio de comunicar su asistencia a la asamblea se agregó la nota a fs. 8, la que fue debidamente reconocida en la audiencia testimonial de fs. 59 por quien investía la calidad de presidente de la sociedad demandada, Sr. R. C.. 3) Resulta necesario definir si dicha comunicación fue eficaz en los términos del art. 238 L.S. 4) Dado que la convocatoria a asamblea fue

dispuesta por la Inspección General de Justicia –circunstancia que fue conocida por el actor a través de los edictos publicados– el interesado debió comunicar su asistencia al organismo administrativo. 5) Allí la sociedad debía presentar el Libro de Asistencia y es función del Presidente cerrarlo antes de la asamblea. 6) La doctora M. R., funcionaria designada para ese acto por la IPJ, señaló la imposibilidad de contar para el acto con los libros requeridos a la sociedad. 7) “Por otro lado la sociedad debidamente notificada de lo resuelto por el organismo administrativo, debió encauzar la conducta del socio para que la pretendida comunicación lograra su propósito” (textual – fallo, fs. 76). 8) “Por tales argumentos resulta de toda evidencia, que la comunicación de K. no fue eficaz y que el obstáculo puesto de manifiesto por el socio M. tuvo relevancia para no permitir la intervención del socio” (textual - fallo, misma foja). 9) A más de ello, la declaración de nulidad de las asambleas es de interpretación restrictiva por el principio de conservación de los actos, y quien la alega debe acredita el agravio que le sirve de fundamento. 10) Aún si se entendiera que la comunicación de asistencia fue eficaz, el socio minoritario no notificó que ejercería el derecho que le brinda el art. 263 de la LS y que le hubiera permitido hacer presente a la minoría en el directorio, por lo que su presencia en la asamblea no habría modificado el resultado de la votación que eligió en definitiva al órgano de administración. 11) La doctrina del art. 251 señala que la impugnación judicial de un acto asambleario requiere, entre otras condiciones, que la asamblea se haya realizado, la inexistencia o la irregular convocatoria, celebración o instrumentación y que las decisiones en ella adoptadas sean violatorias de la ley, el estatuto o reglamento. 12) No acreditado el supuesto fáctico o jurídico que amerite la impugnación del acto asambleario, las decisiones allí adoptadas son válidas, por lo que corresponde rechazar la demanda, con costas al actor.----------

--- **V.** En su pieza recursiva, el actor apelante expresa los motivos de agravio que aquí sintetizaré: 1) La *a quo* tuvo por acreditado que el actor era cesionario de P. I. y que en tal carácter estaba legitimado para concurrir a la asamblea convocada en los términos del art. 236 L.S. También reconoció que el actor había cursado la comunicación establecida en el art. 238 L.S. 2) El error en que cae luego la sentenciante es cuando interpreta que el actor debió cursar dicha comunicación a la Inspección General de Justicia y no a la sociedad demandada. Señala que del texto de la resolución 063/07 IGJ no modifica el art. 238 LS en cuanto a que la comunicación de asistencia debe ser efectuada al ente societario, cual lo indica la pacífica jurisprudencia en torno a dicha norma. Mas aún –agrega– del texto de dicha resolución se desprende que los libros sociales, y entre ellos, el registro de asistencia y el de accionistas, no se encontraban en poder del ente administrativo, por lo cual la comunicación cursada a la sociedad cumplió acabadamente con lo dispuesto en dicho art. 238, que en su primer párrafo

manda a depositar las acciones, constancias o certificados “en la sociedad”. 3) El art. 242 expresa que cuando la asamblea sea convocada judicialmente o por la autoridad de contralor, será presidida por el funcionario que éstos designen, mas en ningún punto de la ley se dispone que la notificación del art. 238 deba hacerse de manera distinta, esto es, dirigida a la sociedad. 4) Resulta errónea por tanto la interpretación de la sentenciante al haber considerado ineficaz la comunicación cursada. 5) También la causa gravamen que se le pretenda cargar al actor con las consecuencias de la conducta asumida por la sociedad, al expresarse en el fallo que esta última “debió encauzar la conducta del socio para que éste lograra su propósito”. Por todo ello solicita, en consecuencia, se revoque el decisorio apelado y se haga lugar al pedido de nulidad solicitado en la demanda, con costas.----------

--- **VI.** A la vista de los antecedentes del caso y teniendo en cuenta la situación de rebeldía en que quedó incursa la sociedad demandada, debo decir que mi sensación inicial tras lectura del fallo apelado es de franco desconcierto, ante el notorio apartamiento de las normas jurídicas que enmarcan el caso.----------

--- **VII.** No será ocioso comenzar señalando que, como efecto del estado de rebeldía y por aplicación de los arts. 61 y 360, inc. 1° (antes 60 y 356, inc. 1°) del C.P.C.C. (texto seg. Ley XIII N° 5), en principio se presumen verdaderos los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración y la sentencia debe dictarse según el mérito de la causa.----------

--- Ello no significa que el juez esté constreñido a tener que dictar, como un autómata, sentencia favorable a la pretensión actoral ni a aplicar el derecho invocado, aunque sea erróneo. El auténtico significado de esta normativa consiste en que el juez ha de cotejar las afirmaciones del demandante con las condiciones del derecho invocado y examine luego si no existen pruebas contrarias a la postulación, debiendo ejercer además, cuando sea menester, la potestad de calificar jurídicamente la relación conforme al derecho aplicable al caso (*iura novit curia*).----------

--- Ahora bien: una recta interpretación de estas reglas procesales indica asimismo que las facultades de dirección del juzgador no son ilimitadas. Como bien lo destaca la doctrina, “si con miras a la aplicación de una justicia sustantiva y no meramente formal, se otorgara a los jueces una exagerada potestad para el esclarecimiento de los hechos litigiosos, se correría el riesgo, siempre inminente, de caer en la arbitrariedad y de entronizar la voluntad potestativa del juzgador, lo cual puede llegar a constituir el mayor agravio para los justiciables” (conf. González, Atilio Carlos, “Silencio y rebeldía en el proceso civil”, p. 189 – Ed. Astrea, Bs. As., 1979). En análoga corriente interpretativa se ha sostenido asimismo que “el enfoque judicial y la postura mental del juez, mediando rebeldía, no debe ser el de quien busca, por así decir, inconvenientes –en una actitud como de simpatía hacia el ausente que no quiere comparecer y defenderse–, sino que, partiendo de una verdad presunta, contenida en la demanda, ha de establecerse si del análisis de la prueba y de todos los antecedentes –con o sin período probatorio formal–

fluye su confirmación (conf. Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos Procesales...”, t. II-B, p. 31/32 – Lib. Ed. Platense-A. Perrot – 1985 y sus citas de jurisprudencia).----------

--- **VIII.** Todo lo contrario es lo que parece haber sucedido en la especie, a juzgar por la lectura del fallo apelado.----------

--- En efecto, puede observarse que tan pronto como la sentenciante *a quo* tuvo por ciertos los hechos alegados, documentados y probados por testimonio en estas actuaciones –esto es, la condición de cesionario del 41% de las acciones por parte del actor, su temporánea y efectiva comunicación a la sociedad de que, en tal carácter, concurriría a la asamblea general ordinaria convocada, su oportuna asistencia y los motivos de su frustrado intento por participar en la misma–, a continuación elaboró una serie de inferencias fácticas y jurídicas a su propio arbitrio, algunas de ellas referidas a aspectos que ni siquiera habían sido objeto de mención en la demanda, para arribar, por esa vía sesgada, a la conclusión de que la pretensión debía ser rechazada.----------

--- **IX.** Así, en primer lugar, consideró la juzgadora que en tanto la asamblea había sido convocada por autoridad administrativa, era a esta última y no a la sociedad demandada a quien debía cursarse la comunicación prevista en el art. 238 de la LS.-----

--- En mi opinión esta inferencia carece de todo sustento, ya que no existe una norma legal que así lo disponga. Lejos de ello, la ley no establece ninguna excepción o salvedad –en punto al origen o causa de las convocatorias a asamblea– que altere la modalidad de cumplimiento de esta obligación del socio. Veamos. El segundo párrafo del art. 238 de la LS reza textualmente: “Los titulares de acciones nominativas o escriturales cuyo registro sea llevado por la propia sociedad, quedan exceptuados de la obligación de depositar sus acciones o presentar certificados o constancias, pero deben cursar comunicación para que se los inscriba en el libro de asistencia dentro del mismo término”. Al comentar esta norma, la más calificada doctrina expresa que si bien los titulares de acciones nominativas o escriturales cuyo registro lleve la propia sociedad quedan exceptuados de depositar sus acciones o presentar certificados o constancias, ello no los exime de la obligación de cursar comunicación *a la sociedad* –el destacado me pertenece– para que se los inscriba en el libro de asistencia con no menos de tres días hábiles de anticipación al de la fecha fijada para la asamblea” (conf. Verón, Alberto V., “Sociedades Comerciales”, t. 3 – p. 765 – Ed. Astrea, Bs. As., 1986).----------

--- De tal suerte, al instituir la juzgadora de primera instancia *motu proprio* una obligación extralegal e impropia –consistente en que el socio debió cursar la comunicación al ente administrativo y no a la sociedad– se ha pronunciado en insalvable contradicción con la máxima constitucional según la cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda (art. 19, Const. Nacional), de lo que, por consiguiente, se colige que no puede imponerse al socio una obligación o modalidad no previstas por

la ley. Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados precedentes, la primera regla de interpretación de las leyes es darle pleno efecto a la intención del legislador (Fallos, 302:973) y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos, 299:167); los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma como éste la concibió (Fallos, 300:700). En síntesis, el intérprete no puede sustituir al legislador y no cabe presumir que éste hubiera incurrido en un olvido o en una omisión no querida (Fallos 308:164). Mucho menos puede entenderse esta curiosa "exigencia" de comunicación al órgano administrativo y no a la sociedad, cuando la asamblea se llevaría a cabo en la propia planta frigorífica de la demandada (ver resoluc. 063/07 IGJ, art. 1°).----------

--- **X.** Por si ello fuera poco, a continuación la sentenciante señala que por otra parte que la sociedad "debió encauzar la conducta del socio para que la pretendida comunicación lograra su propósito" mas como no lo hizo, hace pesar los efectos de esa omisión sobre el socio perjudicado. Esta conclusión resulta francamente insólita, en tanto no se advierte a título de qué norma o principio jurídico podrían cargarse las consecuencias de las omisiones de terceros ni más ni menos que a quien, precisamente, resulta ser el damnificado directo e inmediato a causa de tales conductas. De más está decir que la sentenciante no fundó en derecho esta curiosa apreciación, ya que no está respaldada por ninguna cita legal.----------

--- **XI.** No termina aquí, sin embargo, esta lamentable sucesión de desaciertos. Agrega de inmediato la *a quo* que "el obstáculo puesto de manifiesto por el socio M. tuvo relevancia para no permitir la intervención del socio". Se refiere aquí la señora jueza a la manifestación que surge del acta labrada en oportunidad de celebrarse la asamblea. Según la misma, el letrado representante del socio J. M., titular del 51% restante de las acciones, solicitó que se tuviera por no presentada la documentación traída por el Sr. K. "...atento a que existe una imposibilidad legal de asistir a esta asamblea por el art. 238 de la ley de sociedades además que al pedido de convocatoria a asamblea formulado por J. M. en su carácter de socio mayoritario oportunamente se le corrió traslado y nunca se impugnó el pedido de convocatoria ni la calidad de socio por lo que ante lo imperativo del texto legal solicito se dé inicio al acto asambleario". Como puede apreciarse, el "obstáculo" al que alude la sentenciante no es otro que una "imposibilidad legal" invocada en base en el art. 238 de la L.S. Esto es, como suele decirse, "más de lo mismo": claramente se aprecia que la manifestación transcripta nada agregó ni quitó a las consideraciones ya vertidas, por cuanto el recaudo exigido por dicho artículo estuvo cabalmente cumplido por el socio minoritario, tal como quedó acreditado según las constancias de la causa.----------

--- **XII.** En la ondulante línea de razonamiento que exhibe el proceso analítico seguido en el fallo, brilla en cambio por su ausencia la valoración de un factor insoslayable, cual es el incumplimiento por parte de la sociedad acerca de lo dispuesto en el art. 4° del Orden del Día de la convocatoria a asamblea conforme a la resolución de la autoridad

de aplicación N° 063/07 IGJ (ver Expte. N° 1114, fs. 25/26 de la documental reservada que en este acto tengo ante mi vista), que disponía: “determinar que la sociedad presentará los libros de Actas de Asamblea y Libro de Asistencia de Accionistas y el Registro de Accionistas dentro de los cinco días de la notificación” en la sede de la Inspección General de Justicia. Pues bien: tal como surge del acta ya mencionada, la sociedad no cumplió con esta exigencia administrativa, pese a lo cual se validó lo actuado en la asamblea. Sin embargo, aquí resulta necesario recordar que la firma del Libro de Asistencia es un requisito impuesto en forma expresa por el art. 238 L.S., “en el que se dejará constancia de sus domicilios, documentos de identidad y número de votos que les corresponda” (art. cit., 3er. párrafo), por lo que se ha sostenido que “la omisión de tales recaudos, que no son meramente formales, debe acarrear la declaración de nulidad...sin que puedan obstar a ello prácticas o costumbres en contrario” (conf. Verón, A. V., ob. cit., t. 5, p. 423 y sus citas). Del mismo modo lo ha entendido también la jurisprudencia al sostener que “Precisamente, una de las finalidades a que apunta el libro de asistencia es la de preconstituir en forma incontrovertida la prueba de la presencia en la asamblea y acciones y número suficiente para que aquella pueda válidamente reunirse y deliberar. Así las cosas, se advierte que el registro de asistencia es un documento muy importante de la asamblea, imprescindible para juzgar elementalmente su legalidad. Con la mera copia del acta no es posible determinar si hubo quorum legal (arts. 243/244 L.S), sin el cual el acto asambleario no puede constituirse” (conf. Cámara Civ. y Com. de Córdoba - 13/05/1988 "Cormar S.A. s/ Concurso Preventivo” - elDial - CC97A).----------

--- **XIII.** El decisorio es coronado con un fundamento que, para mejor ilustración en este acuerdo, creo necesario transcribir en forma íntegra. Dice así: “La finalidad de la Asamblea fue la de elegir al órgano de Administración por encontrarse los mandatos vencidos, sin que la sociedad hubiese convocado a su renovación dentro de los plazos estatutarios desde la constitución hasta la fecha de la Res. 063/07. Aún si se entendiera que la comunicación de asistencia a la sociedad fue eficaz, el socio minoritario no notificó que ejercería el derecho que le brinda el art. 263 de la LS y que le hubiera permitido hacer presente a la minoría en el directorio, por lo que su presencia en la Asamblea no habría modificado el resultado de la votación que eligió en definitiva al órgano de administración”.----------

--- La primera lectura que se extrae es que, si se aceptara la hipótesis de que la comunicación del art. 238 LS fue eficaz –y en consecuencia, el rechazo de la participación del socio fuera contraria a derecho–, a criterio de la sentenciante *a quo* ello sería intrascendente, por cuanto de todos modos el socio excluido no hubiera podido variar el resultado de la votación. En suma: aunque el acto fuera antijurídico y

violara los derechos más elementales del socio, la irregularidad sería irrelevante, en proyección de sus posibles resultados.----------

--- No alcanza a disiparse nuestro asombro inicial cuando una segunda lectura nos revela que esta inferencia de la sentenciante surge de la falta de comunicación oportuna, por parte del socio, de que ejercería el derecho previsto en el art. 263 LS. para “hacer presente la minoría en el directorio” (sic).----------

--- Ahora bien. Veamos: el art. 263 LS establece en su primer párrafo que “Los accionistas tienen derecho a elegir hasta Un Tercio (1/3) de las vacantes a llenar en el directorio por el sistema de voto acumulativo”. Este sistema de acumulación de votos presupone, como es obvio, la existencia de una pluralidad de socios minoritarios que, bajo las condiciones y términos legales, pueden aunar sus votos a fin de designar hasta un tercio de los cargos vacantes en el directorio. Se trata además, por cierto, de un *derecho* y como tal, disponible por los interesados, de manera que no es una norma imperativa, sino optativa (conf. Verón, ob. cit., t. 5, p. 475). El sentido de la previsión legal, según el mismo autor, es “dar protección y representación a la minoría en el directorio de la sociedad anónima” (autor y ob. cit., t. 4, p. 185). Claro está que si la totalidad de las acciones minoritarias pertenece a un solo socio, tal como ocurre en la especie, no existe entonces posibilidad jurídica de una nueva “acumulación” -en los términos de dicha norma- de lo que ya está reunido naturalmente en cabeza de un único titular.----------

--- Por otra parte, ya desde hace décadas la jurisprudencia ha sostenido que el derecho de impugnación de las decisiones de la asamblea, conferido a los accionistas en los términos del art. 251 de la ley 19.550, no es un derecho incorporado al título de crédito sino que, por el contrario, es un derecho que surge en el accionista por la lesión de uno o más de sus derechos y compete al socio sin que tenga influencia el número de acciones por él poseídas (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B • 06/12/1982 • De Carabassa, Isidoro c. Canale, S. A. y otra • LA LEY 1983-B, 362).---

--- Resulta inconcebible admitir que pueda cercenarse a un socio su derecho a participar de la asamblea teniendo en consideración la virtual incidencia que pueda o no tener su voto en las decisiones que en ella se adopten. Con razón se ha dicho que “el socio que cuenta con voto y ha manifestado su voluntad de asistir a la asamblea, no puede ser privado de ese derecho por la sociedad cuando esa privación no ha resultado legítima, sin que en ello tenga incidencia sea cual fuere la participación en el capital de la sociedad, desde que de otro modo habría que admitir que los socios con porcentajes de capital poco significativas, no contarían con derecho a "participar" en las asambleas, cuando ello no resulta así de la ley, como en cambio sí es admisible esa alternativa en otros sistemas, pero compensando con el otorgamiento del derecho al reclamo de indemnización." (conf. CNCom. – Sala E – 28/08/2008- “Kahl Amalia Lucia c/ Degas S.A. s/ sumario" – elDial - AA4DC6).----------

--- A esta altura se tornan ociosas mayores consideraciones acerca de este fundamento del fallo, no sólo por su manifiesta inaplicabilidad al caso sino además por su voluntarismo y oficiosidad inauditos, ya que ni siquiera hubo un planteo de parte – recordemos que el juicio tramitó en rebeldía- que hubiera opuesto alguna defensa u excepción en tal sentido.----------

--- **XIV.** Esta demasía jurisdiccional, efectuada con grave afectación del principio de congruencia y del derecho de defensa en juicio, de base constitucional (art. 18, C.N.) ni siquiera podría justificarse en la especie como un mal entendido ejercicio de la facultad *iura novit curia*. En este sentido, la sana doctrina se ha ocupado en remarcar que resulta arbitrario valerse del principio "iura novit curiae" para abordar tópicos no sometidos a juzgamiento, “pues ello permite al juez a quo apartarse del principio dispositivo que caracteriza al proceso civil, máxime si se tiene en consideración que se trata de un proceso en rebeldía en el cual el demandado dejó pasar la oportunidad de defenderse que le brinda la ley. En este sentido, **cabe recordar que una de las consecuencias del principio dispositivo es la prohibición al juez de considerar excepciones o defensas que no hayan sido propuestas por la parte demandada**”, agregando luego que “si el principio *iura novit curiae* no se utiliza con criterio razonable podría ponerse en grave riesgo la garantía de imparcialidad que caracteriza el ejercicio de la función jurisdiccional.” (Benegas, María Eugenia – “A propósito de los límites a la actuación jurisdiccional” - LLLitoral 2005 (diciembre), 1204).----------

--- Análoga consideración expresa Dasso al señalar que si bien es cierto que con el viejo adagio procesal del "iura novit curia", se consagra la posibilidad del acogimiento de pretensiones en base a los hechos, aun cuando no exista la precisa formulación del derecho ("dame tú los hechos, yo te daré el derecho"), no lo es menos que aquel principio no significa una irrestricta liberación de la potestad jurisdiccional, respecto de la forma y denominación que las partes han dado a sus pretensiones (conf. Dasso, Ariel A., “El principio de congruencia procesal y las acciones de nulidad y de receso”- La Ley 1985-A, 1114).----------

--- También la jurisprudencia se ha pronunciado en sentido análogo al expresar que “Cuando la sentencia se pronuncia sobre cuestiones no debatidas, incurre en incongruencia por exceso, lo que engendra arbitrariedad, pues la resolución judicial sobrepasa los márgenes razonables de la función jurisdiccional. Con la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa” (Causa: "Yareco, Luisa Zenona por sí y en representación de Salvatierra, Juana — Incidente de verificación tardía en conc. prev. Instalaciones Especiales S.R.L." —

Recurso de Inconstitucionalidad - Corte de Justicia de Salta - Expte. N° CJS 24.977/03” Síntesis de Jurisprudencia Corte de Justicia de Salta - LLNOA 2006 (setiembre), 1981).----------

--- Lo reitero: no es que el estado de rebeldía impida la libre apreciación de la prueba y de los hechos por parte del juzgador conforme a las reglas de la sana crítica racional. Pero esta facultad está acotada por los principios dispositivo, de congruencia, de igualdad de las partes en el proceso y por las consecuencias procesales emergentes de la incontestación de la demanda. En base a ello, el juez no puede extender sus facultades de la averiguación de la verdad al punto de investigar de oficio la existencia de defensas que no fueron opuestas por el demandado incurso en rebeldía, salvo las que expresamente determine la ley, como lo son, por caso, la existencia de cosa juzgada o de litispendencia, que de resultar comprobadas conforme a los elementos obrantes en la causa, podrán ser declaradas de oficio en cualquier estado de la causa (conf. art. 347, inc. 6 CPCC), pues en tales supuestos el órgano jurisdiccional sí tiene el deber legal de declararlas, en atención a los fundamentos de orden público que informan dichas instituciones.----------

--- En esta misma senda, la doctrina ha destacado que es cierto que en virtud del principio *iura novit curia* el juez es libre de encuadrar las distintas peticiones formuladas dentro de las previsiones legales de la Ley ritual, pudiendo llegar a soslayar el camino formal, la vía técnica o la calificación procesal elegida por los litigantes, si tal fuera el modo de hacer prevalecer la eficaz realización del derecho, fin último al que se endereza la forma a que deben ajustarse los actos procesales (doctr. CSJN, Fallos: 306:378, cons. 3ª). Mas el límite infranqueable de esta potestad lo constituyen los presupuestos de hecho esenciales emergentes de la traba de la litis, que resultan ajenos a la discrecionalidad judicial y sometidos a la regla de la congruencia. “Nos parece una aplicación antifuncional del principio en estudio toda aquella que, bajo apariencia de reconducción, encerrara el cambio oficioso de una articulación por otra distinta, como acontecería de juzgarse interpuesto un recurso o formulada determinada petición que exige términos expresos (v. gr. un allanamiento), sin que haya mediado realmente el acto de parte que permita tenerlo por configurado uno u otra.” (conf. García Solá, Marcela, “Fundamento, aplicaciones y límites del "iura novit curia" en especial referencia a la materia procesal” – La ley, Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas 2005 (octubre), 120).----------

--- En idéntica línea interpretativa, se ha sostenido que una de las garantías del debido proceso consiste en limitar las facultades del juez al no permitirle introducir aspectos sobre los que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa. La conformidad entre la sentencia y la demanda en cuanto a persona, objeto y causa, es una ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales del juicio, relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la "litis" fija los limites de los poderes del juez”, así como que: “Una de las garantías del debido proceso se encuentra plasmada en el principio de congruencia, por el cual debe mediar conformidad entre la

sentencia y los términos en que ha quedado trabada la litis, en función de los hechos articulados en la demanda y contestación, así como en cuanto a la identidad de las personas, objeto y causa; delimitada así la contienda, el juez no puede exceder de ese marco sin quebrantamiento del aludido principio consagrado, entre otros, en el artículo 163 inciso 6° del Código Procesal del fuero" (conf. Molina Quiroga, Eduardo, "El denominado principio de congruencia como límite a las facultades del juez" - La Ley 2004-B, 953).----------

--- **XV.** Esta demasía jurisdiccional surge patente en la causa bajo examen. El actor planteó la nulidad de la asamblea celebrada por haberse vulnerado sus derechos como socio al no permitírsele participar de la misma ni ejercer sus derechos sociales, pese a haber dado cumplimiento a los recaudos legales; acreditó en forma eficaz los hechos lícitos cumplidos por su parte –no sólo por virtud de la presunción legal emergente del estado de rebeldía, sino a través de prueba documental y testimonial corroborante– y así delimitado el caso traído a juzgamiento, recibió como respuesta judicial la consideración oficiosa de aspectos que excedían de manera notoria aquel marco fáctico. Por si ello fuera poco, el análisis efectuado fue erróneo y la aplicación de las normas, contraria a derecho, dando como resultado, en definitiva, el injusto rechazo de su pretensión.----------

--- **XVI.** La elocuencia de los hechos probados en autos pone en evidencia que la irregular exclusión del socio aquí actor se tradujo en un abuso de derecho por parte del socio mayoritario, quien, como consecuencia de ello y sin otorgar la debida participación al socio minoritario, utilizó su voto soberano para nombrar a designio a los integrantes del directorio, perjudicando de ese modo el interés social de su consorte societario. Más grave aún resulta comprobar que esta conducta se cohonestó a pesar de que el socio había acreditado su condición de tal en forma oportuna y documentada, de conformidad con lo previsto en el art. 238 de la LS., soslayándose asimismo otro grave incumplimiento de la sociedad, que no presentó el libro de Asistencia y demás registros sociales, pese a las disposiciones de ley (art. 238 ya cit.) y a lo señalado en forma expresa por la autoridad administrativa a través de la resolución 063/07, omisión que no encuentra acreditada en la causa ninguna justificación plausible.----------

--- Sin abandono del principio restrictivo que tanto la doctrina como la jurisprudencia predican en materia de nulidad de las asambleas sociales, cabe recordar que el art. 251 de la LS establece una regla liminar, cual es que "Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada." Pues bien: la violación de la ley en el caso ha sido clara y

evidente; la legitimación del actor surge de su acreditada de su calidad de socio y de su ausencia –forzada por exclusión– a la asamblea. Y por último, el interés lesionado, cuya tutela se reclama, se configura por haberse impedido así el regular ejercicio de los derechos societarios del aquí postulante.----------

--- Al referirse a este tópico, el maestro Verón expresa que el juzgamiento de estos planteos debe subordinarse siempre “al criterio de defensa de los derechos individuales de los accionistas, en forma tal que ellos no pueden ser discrecionalmente menoscabados, ni aniquilados por los órganos directivos o las asambleas generales” (autor y obra cit., t. 3, p. 903 y sus citas). Expresa este autor que son, entre otros, causales de nulidad de la asamblea: la falta de presencia en el lugar de celebración de la asamblea del libro de asistencia (ob y t. cit., p. 909), “el impedir arbitrariamente (por error o maliciosamente) votar al accionista” (voto impedido – ob. y t. cit., p. 911) y, en general, cuando las decisiones asamblearias vulneran derechos esenciales de los accionistas (ob. y t. cit., p. 914). Como puede advertirse, existen sobradas razones para declarar la nulidad de la asamblea celebrada por la sociedad demandada el 28 de abril de 2007, y así propongo declararlo en este acuerdo.----------

--- En la especie se percibe con toda nitidez que con la irregular exclusión del actor para poder participar en la asamblea no sólo se han vulnerado sus derechos individuales sino también el propio interés social, que entre otras cosas, debe garantizar una vida institucional regular, de conformidad con el régimen legal que las gobierna. Hubo en la actitud del socio mayoritario un visible abuso de derecho, entendido como lo ha definido la Suprema Corte bonaerense al precisar que “Hay abuso de derecho en las decisiones de las asambleas en las sociedades cuando la mayoría responde a un interés personal y, a consecuencia de su voto, la decisión persigue ese interés en perjuicio del interés social o de los demás socios (SCBA - Ac 51258 S - 02-08-1994 – “Di Lernia, Osvaldo c/ Clínica Estrada S.A. s/ Nulidad de Asamblea General Ordinaria" - elDial - W71AF).-------

--- Con igual precisión conceptual, se ha dicho además que “Si la mayoría hace prevalecer sus intereses o sentimientos personales sobre el interés social, ello pone al poder de esa mayoría contra la affectio societatis y, por consecuencia, esta última se pierde, dando lugar a lo que alternativamente o acumulativamente los jueces califican como abuso de derecho, en la forma de abuso de control que se caracteriza por la comisión de una irregularidad o falta en el ejercicio de dicho control” (conf. Champaud, C., “Le pouvoir de concentration de la société par actions”, Librairie Sirey, París, 1962, ps. 145/146, n° 161 – CNCom., Sala D – 30/05/2008 – voto del Dr. Pablo D. Heredia en “Gysin, Norberto y otros c/ Garovaglio y Zorraquin S.A. s/ nulidad de asamblea”, “Carril, Miguel Jesús y otros c/ Garovaglio y Zorraquin S.A. s/ nulidad de asamblea”, y “Pérès Moore, Claudio y otros c/ Garovaglio y Zorraquin S.A. s/ nulidad de asamblea” - elDial - AA4AE3).----------

--- A ello se une la falta de presentación de los libros sociales –en particular, del libro de asistencia– pese a la intimación efectuada en tal sentido por la autoridad de aplicación,

omitiéndose así, sin justificación aceptable, una formalidad impuesta por la ley en resguardo del control de regularidad del acto asambleario.----------

--- **XVII. Conclusiones:** ----------

--- En síntesis: una recta interpretación del artículo 251 LS indica que la acción de nulidad es procedente cuando existe una lesión al interés de la sociedad y consecuentemente al socio en su carácter de tal. Bajo esta premisa, a la vista de los hechos comprobados en autos, en mi opinión resulta inconcebible la posibilidad de validar judicialmente la celebración de una asamblea en la que se impidió, de manera arbitraria e ilegítima, la participación del único socio minoritario, vedándole con ello toda posibilidad de contralor y el adecuado ejercicio de sus derechos sociales. La consecuencia fáctica inmediata y perceptible ha sido el apartamiento de uno de los socios en un acto de sustancial trascendencia, ya que se trataba ni más ni menos que de la designación de los nuevos integrantes del directorio, privándose así al socio excluido de participar en la nominación de quienes tendrían a su cargo ni más ni menos que administrar la actividad de la sociedad anónima. A no dudarlo, esto se traduce en una lesión que compromete la los derechos sustanciales y el legítimo interés de uno de los dos principales socios, con una negativa repercusión en la vida institucional de la sociedad. La afectación del interés social que justifica la nulidad planteada surge así de modo evidente, cuando, como ha ocurrido en el caso, todo converge a demostrar que la decisión asamblearia impugnada estuvo dirigida exclusivamente a menoscabar el interés del socio minoritario, al privarlo del ejercicio de su legítimo derecho a participar de la asamblea que designaría la constitución del nuevo órgano de dirección, pese a haber dado cabal cumplimiento a los recaudos legales destinados a ese propósito. A lo expresado se agrega, como ya lo señalé con anterioridad, la falta de presentación de los libros sociales –en particular, del libro de asistencia– para la regular realización de la asamblea.----------

--- A mérito de lo expresado anteriormente, propongo al acuerdo revocar el fallo apelado a fin de hacer lugar a la demanda entablada y, en consecuencia, declarar la nulidad de la asamblea ordinaria celebrada el día 28/04/2007 por F. P. M. S.A.----

--- De compartirse esta postura, propiciaré que las costas en ambas instancias sean soportadas por la demandada vencida (art. 69 –antes 68- del C.P.C.C.– Ley XIIII N° 5). Propongo fijar los honorarios del letrado actuante en ambas instancias, Dr. M. H. C., atendiendo al carácter en que actuara y a la extensión, calidad, eficacia de sus tareas, así como a la trascendencia jurídica y económica del resultado obtenido, en los siguientes montos: a) por sus labores de primera instancia, en la suma de $ 2.800.- b) por sus tareas de alzada, en la suma de $ 980.- (arts. 5, 8, 13, 46 y conc., Ley XIII N° 4 – Ex Dec. Ley 2.200).----------

--- Voto entonces a esta cuestión por la NEGATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Señor Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Ferrari. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos relevantes traídos a revisión de esta Sala.----------

--- Luego de escuchar atentamente el voto del distinguido colega de Sala y de repasar con detalle las constancias de la causa y el fallo de grado, no puedo menos que manifestar mi sorpresa, mi desconcierto, por la forma en que fue fallada en el grado esta litis. Más aun: de la lectura del decisorio de fs. 74/76vta. no surge un solo fundamento atendible, que sustente la decisión tomada en aquella instancia.----------

--- Expresado esto, para ingresar al tratamiento de las cuestiones que deben resolverse en esta sede, es necesario comenzar por destacar que en autos la demandada se halla en rebeldía (cfr. Fs. 35 de autos). Rebeldía que se produjo por la incomparecencia a autos y la incontestación de la demanda y que debió llevar aparejados no solo los efectos que contempla el art. 61, sino los que establece el art. 360 inc. 1 in fine, Ley XIII, Nro. 5.----------

--- En segundo lugar, no es ocioso tampoco poner de resalto que la propio juzgadora de grado tuvo por cumplidos al actor todos los presupuestos y requisitos para el acogimiento de esta acción, la que rechazó sobre la base de imputarle al accionante incumplimientos de deberes que no surgen de la normativa vigente o de revertir en su perjuicio incumplimientos legales claros de su contraria.----------

--- Sobre la base de tener clara tal plataforma fáctica, creo menester comenzar a tratar el tema expresando que conforme edicta el art. 61, Ley XIII, Nro. 5, ex art. 60 CPCyC, *“La rebeldía no alterará la secuela regular del proceso. El rebelde podrá oponer la prescripción en los términos del artículo 349.*----------

--- *La sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido en el artículo 360 inc.1º.*----------

--- ***En caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración.***----------

--- *Serán a cargo del rebelde las costas causadas por su rebeldía”.*----------

--- A su turno, el art. 360 inc. 1, Ley XIII, Nro. 5 dipone: “En la contestación opondrá el demandado todas las excepciones o defensas que, según este Código, no tuviera carácter previo.----------

--- Deberá, además: 1º. Reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyen y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen. **Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente**

general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso….”.----------

--- No se requieren grandes dotes hermenéuticas para dar a estas dos normas su correcto alcance. Pues bien, en el caso de autos la rebeldía de la contraria, la incontestación de la demanda y la prueba por parte del actor de los presupuestos constitutivos de su pretensión tuvieron por fruto el rechazo de la pretensión anulatoria contenida en la demanda y no su acogimiento, lo que resulta llamativo, al estar cumplidos y acreditados todos los requisitos para su andamiento.----------

--- Me parece central no perder de vista en autos que los efectos de la rebeldía que, en cuanto aquí interesa, se concretan en una presunción hominis o judicial en contra del rebelde, se robustecen por la incontestación de la demanda y la incomparecencia del citado a estar a derecho. Es decir que para el rechazo de la demanda, tenía que existir una razón verdaderamente de peso que abortara su andamiento, la que no se aprecia en el decisorio en crisis, ni surge de las constancias de la causa, rectamente apreciadas.----------

--- En cuanto a los efectos de la rebeldía, cabe adherir al criterio de que una vez declarada la rebeldía, siempre que lo haya sido por incomparecencia a la citación para contestar la demanda, y no por abandono del juicio después de contestada, los hechos expuestos en la demanda tienen el beneficio legal de presunción de verdad, por disposición expresa de la ley y no por delegación de ella al arbitrio del juez. Esa presunción, de haber funcionado lisa y claramente, habría permitido sostener sin dudas que sólo cedería ante una prueba eficaz en contrario, eximiendo al actor de la prueba documental por él ofrecida (C. Nac. Civ., Sala F, 15/8/95, “Márquez Seeber, Octavio A. v. Sarrible, Pedro J.”, JA 1999-I-síntesis).----------

--- En cuanto a las consecuencias de la incontestación de la demanda, tal omisión podrá ser interpretada como un reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a los que ella se refiere (art. 356 inc. 1 código procesal). por consiguiente, ese silencio debe ser apreciado ponderando las circunstancias de cada caso, como así también la conducta de las partes y lo que resulta de los demás elementos de convicción incorporados a la causa (Colombo, Código procesal civil y comercial de la nación anotado y comentado, t. III, p. 303). Esta comprensión del tema encuentra respaldo además en lo dispuesto por los arts. 60 y 61 código de rito que, para un supuesto de notoria mayor gravedad como lo es la posterior declaración firme de rebeldía en que incurrió la demandada, establecen que tal silencio, "en caso de duda", constituirá "presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo esa declaración" (art. 60 cit.), la que, desde otra perspectiva, es consecuencia, asimismo,

del principio que informa el art. 919 cciv. (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 10/5/01, “FORD MOTOR COMPANY v. LONGMAN S.A. s/ NULIDAD DE MARCA. CAUSA N. 2233/1999”, en AbeledoPerrot online).----------

--- A ello debe sumarse que en el grado, a fs. 75vta. la Sra. Juez de primera instancia en lo Civil de Puerto Madryn, tuvo por debidamente acreditado que “O. B. K. resulta cesionario de las acciones del Sr. P. I. por ese acto; escritura pública pasada ante el Esc M., circunstancia no controvertida en autos y en tal carácter legitimado para asistir a la Asamblea cuya convocatoria dijo conocer por los edictos publicados en el medio de prensa. Para acreditar el cumplimiento de la obligación del socio de comunicar su asistencia a la misma, se agregó la nota a fs. 8 y fue debidamente reconocida en la audiencia de fs. 59 por quien reunía la calidad de Presidente de F. P. M. S.A. Sr. R. C.”.----------

--- También tuvo la a quo por debidamente acreditado luego que “En la Resolución de fs. 25/ 26, que lleva el N° 063/07 IGJ y con fundamento en el vencimiento de los mandatos, la ausencia de convocatoria del Presidente y que la sociedad carecía de Sindicatura, se dispuso la convocatoria a la asamblea del día 27 de abril de 2007, la designación de la Dra. M. R. como Presidente del acto asambleario, fijó el Orden del día y en el art.4to. : "Determinar que la sociedad presentará los libros de Actas de Asamblea y Libro de Asistencia de Accionistas y el Registro de Accionistas dentro de los cinco días de la notificación" en la sede de la IGJ. ----------

--- Seguidamente la a quo tuvo por probado que “La sociedad está notificada a fs. 26 del expediente administrativo (véase que lo hace la misma persona que recepcionó en estos autos la cédula de fs. 33) y el Sr. K. supo por los edictos que quien efectuaba la convocatoria era la IPJ y no la sociedad, por lo que debió comunicar su asistencia al organismo administrativo. Allí la sociedad debía presentar el Libro de Asistencia y es función del Presidente cerrarlo antes de la Asamblea. La Dra. M. R., funcionaria designada para ese acto por la IPJ señaló la imposibilidad de contar para el acto con los Libros requeridos a la sociedad. Por otro lado, la sociedad debidamente notificada de lo resuelto por el organismo administrativo, debió encauzar la conducta del socio para que la pretendida comunicación lograra su propósito”. ---------

--- Si se ha reparado en que en autos la demandada está en rebeldía, que ella no ha contestado la demanda tampoco y, por si fuera poco, se detiene uno a analizar el listado de extremos de hecho que la a quo tuvo por probados en autos y la gravedad de las transgresiones tenidas por probadas en la conducta de la sociedad demandada, con ello bastaría para anular la asamblea o, incluso, para intervenir la sociedad.----------

--- Sin embargo, luego de tener por acreditados todos estos extremos de hecho –de gravísimas consecuencias legales- sin solución de continuidad, la a quo prosigue su discurso expresando que “Por tales argumentos resulta de toda evidencia, que la comunicación de K. no fue eficaz y que el obstáculo puesto de manifiesto por el socio M. tuvo relevancia para no permitir la intervención del socio. Luego transcribe la juez un

párrafo de antología: “A más de ello la declaración de nulidad de las asambleas es de interpretación restrictiva y ello como consecuencia del principio de conservación de los actos jurídicos por lo que quien alega la nulidad y acude a la tutela jurisdiccional debe acreditar el agravio que le sirve de fundamento. "La declaración de invalidez no tiene como finalidad preservar pruritos formales o satisfacer finalidades teóricas o abstractas, en el solo homenaje a la ley sino remediar perjuicios efectivos" (cfr. Sentencia de grado, a fs. 76 de autos). ----------

--- No puedo menos que reflexionar sobre la absoluta contradicción que trasunta el decisorio de grado entre las diversas premisas que vuelca en él la a quo. Resultan no solo contradictorios, sino incompatibles o mutuamente excluyentes, los extremos de hecho tenidos por probados con el encuadramiento jurídico que pretende hacerse de los mismos. ----------

--- La juez inferior tuvo por probados hechos graves en la vida societaria, como los siguientes: 1) Que los mandatos societarios estaban vencidos; 2) la ausencia de convocatoria del Presidente a asamble, 3) que la sociedad carecía de Sindicatura; 4) Que la convocatoria a asamble debió hacerla la Inspección General de Justicia, ante la inacción de los organismos de la sociedad; 5) que la persona designada por la IGJ como Presidente del acto asambleario dejó constancia de la imposibilidad de contar para el acto asambleario de los Libros requeridos a la sociedad y que esta tenía la obligación no solo de llevar en correcta forma sino de presentar al Presidente de la asamblea; 6) que el aquí actor comunicó a la sociedad su intención de participar de la asamblea; 7) que la sociedad debidamente notificada de lo resuelto por el organismo administrativo, debió encauzar la conducta del socio para que la pretendida comunicación lograra su propósito (lo que no hizo); 8) que el obstáculo puesto de manifiesto por el otro socio (Sr. M., socio mayoritario) tuvo relevancia para no permitir la intervención del socio.----------

--- Después de tener por probado este catálogo de graves anormalidades societarias, decir que *"La declaración de invalidez no tiene como finalidad preservar pruritos formales o satisfacer finalidades teóricas o abstractas, en el solo homenaje a la ley sino remediar perjuicios efectivos"* (cfr. sentencia de grado, a fs. 76), parece una expresión colocada por error en esa sentencia o la obra de un consumado bromista.----------

--- Y afirmar seguidamente que “*la declaración de nulidad de las asambleas es de interpretación restrictiva y ello como consecuencia del principio de conservación de los actos jurídicos…”* (cfr. Sentencia de grado, a fs. 76), evidentemente ya supera lo que puede aceptarse como límite normal de apreciación de los hechos debatidos en una causa judicial.----------

--- La claridad de la solución legal a aplicar a los hechos tenidos por probados por la a quo y ni siquiera contestados en autos por la demandada, me lleva a poner de resalto lo siguiente: ----------

--- 1) El principio de la interpretación restrictiva de las nulidades no puede llevar a convalidar indirectamente violaciones gravosas del orden público, como las acreditadas a esta causa.----------

--- 2) El principio de conservación de los actos jurídicos, no es un fin en sí mismo y no puede tener por curioso efecto mantener en vigor actos antijurídicos que implican la vulneración de todo fin valioso y, en el caso que nos convoca, la pulverización de toda actividad democrática y de control en le seno de la sociedad demandada. El principio de conservación de los actos societarios no puede implicar la consecuencia de entronizar y mantener tiranos societarios, al amparo de formas despojadas de cualquier finalidad valiosa y mediante la utilización de artilugios imposibles de justificar regularmente.--------

---3) Se ha probado en exceso la existencia de vicios gravosos en el desarrollo de la asamblea impugnada por el aquí actor, y están dados todos los presupuestos para acoger su pretensión anulatoria.----------

--- 4) Es doctrina legal vigente, a la que la a quo debía amoldarse, que cuando ninguna norma jurídica obliga a una persona a realizar un acto, no se puede cargar sobre ella responsabilidad alguna. El principio de legalidad, constitucionalmente receptado (art. 19 Const. Nac.) se opone a que los jueces creen o inventen deberes jurídicos; ello, puesto que tal creación implica ir más allá de lo previsto por el legislador en violación del principio establecido por el art. 19 de la Const. Nacional: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, parámetro cuya violación engendraría una sentencia obviamente inconstitucional, en lugar de una solución justa (cfr. esta Sala, mi voto, en sentencia del 11/9/09, in re “V. O., R. del C. c/ N. S.A. s/ dif. de hab. e indem. de ley” (Expte. 458 - Año 2009 CANE); ídem, 30/7/08, in re “P., C. A. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nº 22.675 - año: 2008); en idéntico sentido, mi voto de la causa “B., F. c/ K. A. N. y otro s/ cobro de pesos - laboral” (Expte. 305 - Año 2008).----------

--- 5) Es también doctrina legal vigente, a la que la a quo debía amoldarse, que uno de estos presupuestos de toda obligación –inexcusable desde todo punto de vista, incluso desde el hontanar constitucional argentino- es el requisito de la legalidad (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado”, en “Suplemento especial de Responsabilidad Civil”, año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 106). De tal modo, para que quede comprometida un obligación a cargo de un sujeto, se requiere que éste haya violado previamente un deber jurídico que se hallaba a su cargo o contrariado una obligación contractual que contrajera, sea por acción u omisión imputable a él (cfr. esta Sala, mi voto, en sentencia del 11/9/09, in re “V. O., R. C. c/ N. S.A. s/ dif. de hab. e indem. de ley” (Expte. 458 - Año 2009 CANE).----------

--- 6) Es también doctrina legal vigente, desoída por la a quo, que sin mandato legal incumplido no existe obligación, pues la supuesta obligación carecería de causa. De tal modo indicar qué norma jurídica impone el pago a que se condenara al accionado era requisito de validez de la sentencia de grado. No constando tales normas, ni existiendo ellas en este caso, la sentencia deviene arbitraria por crear ex nihilo un deber jurídico u obligación a cargo de la demandada de autos, que no se corresponde con la legislación vigente. Las consecuencias de no advertir las implicancias que el art. 19 de la Constitución tiene en este caso son graves, porque permitiendo que los jueces “creen” deberes jurídicos se hace tabla rasa con los derechos constitucionales de los condenados, a quienes se les inventan o conjeturan deberes jurídicos, al correr de la sola voluntad del juez (cfr. esta Sala, mi voto, en sentencia del 11/9/09, in re “V. O., R. C. c/ N. S.A. s/ dif. de hab. e indem. de ley” (Expte. 458 - Año 2009 CANE).----------

---

--- De acuerdo a la doctrina legal vigente, es innegable que: a) una sentencia que imponga obligaciones no surgidas de la ley es nula e inconstitucional; b) sólo el legislador puede crear deberes jurídicos; y c) el juez a lo sumo puede extraerlos al interpretar normas legales, pero no puede ni extender éstas por interpretación analógica ni conjeturar deberes que no surjan en forma clara de la normativa, porque ello implicaría avanzar sobre los derechos constitucionales del demandado. Podría ser muy peligroso permitir que los jueces conjeturen o creen deberes jurídicos: el precio de tal ocurrencia puede ser una condena sin norma que lo disponga, a través de una creación ex nihilo de una obligación conjeturada o supuesta. Este proceder resulta irregular (cfr. esta Sala, mi voto, en sentencia del 11/9/09, in re “V. O., R. C. c/ N. S.A. s/ dif. de hab. e indem. de ley” (Expte. 458 - Año 2009 CANE).---------- 7) La Sra. Juez de grado no ha indicado qué norma obligaba al actor a comunicar su interés en participar de la asamblea a la IGJ, ni cuál establece que tal comunicación efectuada en debida forma a la sociedad es inválida, lo que no justifica que se tenga por no realizada debidamente la comunicación, máxime cuando luego se afirma que “la sociedad debidamente notificada de lo resuelto por el organismo administrativo, debió encauzar la conducta del socio para que la pretendida comunicación lograra su propósito”. ---------

---

--- Y, por otra parte, la decisión de grado es frontalmente confrontativa con la recta interpretación del art. 238 de la Ley 19550, que expresamente habla en su primer párrafo del depósito de acciones “en la sociedad” y que en el segundo párrafo excluye de esta obligación a los titulares de acciones nominativas o escriturales cuyo registro sea llevado por la propia sociedad, a quienes obliga a cambio de lo que se les libera, a “cursar comunicación para que se los inscriba en el libro de asistencia

dentro del mismo término". No expresando este párrafo que se deba hacer a otra persona la comunicación, fuerza es pensar que la misma debe hacerse a la sociedad.---

--- Bien se ha decidido que a los fines de la interposición de la acción del art. 251 LS., no resulta relevante que el socio impugnante tenga en el ente una participación minoritaria, ya que las cuestiones sociales no pueden ser resueltas sólo por la cantidad de acciones con que el socio cuente, convalidando así la tiranía de los socios mayoritarios, en oposición al mecanismo instruido por la ley 19550 en punto al gobierno de la mayoría (C. Nac. Com., sala B, 23/02/1996 -Orradre, Gabriel F. v. F. del Oeste S.A.) JA 2000-IV-síntesis).----------

--- Y que si se ha considerado que la actora es accionista de una sociedad anónima y cumplió con notificar su asistencia a la asamblea, el hecho de que le hubiera sido negada la participación de su apoderado -negándole la calidad de socia- tiene como consecuencia que se afecto su derecho de intervenir en las deliberaciones y votar, e incluso el derecho de información que tiene en el momento de la asamblea -en ese tipo de sociedad- su mayor amplitud (C. Nac. Com., sala E, 12/5/06, "KAHL, AMALIA v. DEGAS S.A. s/ SUMARIO", en AbeledoPerrot online).----------

--- De todo lo anterior es dable concluir que si están probados los presupuestos fundantes de la acción, se han probado irregularidades graves en el desenvolvimiento societario y en el desarrollo de la asamblea y no existe norma alguna que obligara al actor a actuar de distinta manera a como lo hizo, la única derivación jurídica posible de los hechos tenidos por probados era el acogimiento de la pretensión anulatoria contenida en la demanda, en los términos del art. 251 LS, al darse cumplimiento en la presentación de fs. 9/12vta. a los requisitos establecidos por dicha norma.----------

--- Es que, cuando el art. 251 de la ley 19550 dispone que toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento puede ser impugnada de nulidad por los accionistas, encuadra en su normativa un amplio espectro de irregularidades, que van desde un vicio subsanable que implique anulabilidad hasta la nulidad absoluta, cuando se afecten normas de orden público o derechos inalienables de los accionistas, sujetas al plazo de caducidad que el artículo establece (Sup. Corte Bs. As., 04/12/1990 -Salgado, Rodolfo v. Polleschi, Aldo J. y otros) JA 1993-III, síntesis).----------

--- Los sólidos fundamentos dados por el colega de primer voto y las anomalías decisorias que mi voto ha puntualizado muestran ya un acto jurisdiccional irregular, que no puede permanecer en vigencia, sino que debe derribarse para dar paso al dictado de una sentencia conforme a derecho. Es que, sencillamente, los hechos tenidos por probados en el grado no se compadecen con las consecuencias jurídicas extraídas de los mismos por la a quo, lo que ante la falta de cita de normas que validen tal decisión, colorea un acto jurisdiccional arbitrario, en violación del derecho de defensa en juicio de los derechos del actor, con grave desmedro de garantías constitucionales (arts, 18 y 19 de la Constitución Nacional).----------

--- Coincido así con lo expuesto por el Dr. Ferrari, sobre la elocuente prueba existente en autos sobre la irregular exclusión del socio aquí actor, la que se produjo por el ejercicio abusivo de derechos por parte del socio mayoritario a la par de su impune incumplimiento de obligaciones a su cargo, lo que produjo el nombramiento irregular y arbitrario de los integrantes del directorio, lo que vulnera el orden público, a la vez que desproteje los intereses del socio minoritario, en franca violación a las tendencias o criterios que la ley 19550 vino a plasmar, conforme surge de la obra cumbre de uno de sus redactores (cfr. Halperin, Isaac - Otaegui, Julio C., "SOCIEDADES ANÓNIMAS", 2ª edic., Edit. Depalma, Bs. As., 1998, Introducción, punto 2 ("Criterios generales que inspiran la nueva regulación").----------

--- En el caso que convoca nuestra atención, surge con toda claridad que la irregular exclusión del actor de la asamblea societaria ha vulnerado sus derechos individuales, pero a la par también ha zaherido el propio interés social y el orden público, que entre otras cosas, debe garantizar una vida institucional regular, de conformidad con el régimen legal que gobierna estos entes.----------

--- En ese sentido se ha expuesto que la acción emergente de el art. 251 ley 19550 si bien es dada en defensa de la sociedad como estructura jurídica que reune a los socios y que se compadece con el régimen legal, es una acción dada en interés social como interés de los socios en esa sociedad, pero que no es incompatible ni contraria con la que pueda ser ejercida en resguardo del interés personal del socio, derivado de esa misma estructura societaria (C. Nac. Com., sala E, 12/05/2006 -KAHL, AMALIA v. DEGAS S.A. s/ SUMARIO, en AbeledoPerrot online).----------

--- EL art. 251 Ley 19550, al otorgar el derecho a promover la acción de impugnación de asambleas a los accionistas ausentes o disidentes, lo hace fundándose en que dicho derecho corresponde al socio impugnante en ejercicio de un derecho subjetivo propio, a fin de que las deliberaciones se tomen conforme a la ley y al acto constitutivo, por lo cual, cuando dicho derecho subjetivo resulta lesionado, nace para el accionista un derecho subjetivo de carácter subrogatorio para la anulación de la deliberación, vale decir, que la acción procede cuando existe una lesión al interés de la sociedad, y por consiguiente también al interés del socio como partícipe de ella (C. Nac. Com., sala B, 06/12/1982 -CARABASSA, ISIDORO v. CANALE SA., en AbeledoPerrot online).----------

--- Se ha comprobado en la actuación del socio mayoritario un abuso evidente de sus derechos, al dejar vencer los mandatos sociales sin convocar a asamblea, al permitir que la sociedad funcione sin síndico, al no presentar los libros sociales, al no convocar a asamblea en tiempo propio y al obstaculizar la participación en la asamblea de una persona que detenta pocas acciones menos que las que él detenta en la sociedad.-------

--- No hay manera razonable de interpretar estos hechos probados que declarando la nulidad del acto asambleario impugnado, por ser el mismo gravosamente irregular y contrario al orden público.----------

--- Por tales fundamentos, habré de acompañar la propuesta del Dr. Ferrari de revocar el decisorio impugnado en todas sus partes, para dictar un nuevo pronunciamiento conforme a derecho, haciendo lugar a la pretensión anulatoria contenida en la demanda entablada y declarando que la asamblea ordinaria celebrada el día 28/04/2007 por F. P. M. SA resulta nula, por lo que deben hacerse cesar sus efectos. También adhiero a la propuesta de imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 69, Ley XIII, Nro. 5, ex art. 68 C.P.C.y C.).----------

--- Asimismo propiciaré la regulación de los emolumentos del Dr. M. H. C., letrado de la actora que interviniera en las dos instancias, en las siguientes sumas: 1) por sus labores desarrolladas en el grado, se le determina como estipendio la suma de $ 2.800 y 2) por las tareas que realizara en la alzada, se le fija la suma de $ 980. Tales determinaciones arancelarias tienen en cuenta diversos aspectos: el carácter en que actuara, el mérito, trascendencia, extensión, calidad y eficacia de sus tareas, sin dejar de considerar la trascendencia jurídica y económica del resultado que las mismas obtuvieran (cfr. arts. 5, 8, 13, 46 y cctes., Ley XIII N° 4, ex Ley 2.200).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** EL Dr. Carlos Dante Ferrari expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, corresponderá por tanto: I) REVOCAR el fallo apelado a fin de hacer lugar a la demanda entablada, y en consecuencia, declarar la nulidad de la asamblea ordinaria celebrada el día 28/04/2007 por F. P. M. S.A. II) Con costas en ambas instancias a la demandada vencida, fijándose los honorarios profesionales del Dr. M. H. C. en los siguientes montos: a) por sus labores de primera instancia, en la suma de $ 2.800.- b) por sus tareas de alzada, en la suma de $ 980.---------- Así lo voto.----------
---

--- A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Señor Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Ferrari en su voto a esta cuestión.----------

--- Tal mi voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V, Nº 17, antes art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550).----------

--- Trelew, de junio de 2010.----------

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- REVOCAR el fallo apelado a fin de hacer lugar a la demanda entablada, y en consecuencia, declarar la nulidad de la asamblea ordinaria celebrada el día 28/04/2007 por F. P. M. S.A.---------- IMPONER las costas en ambas instancias a la demandada vencida, fijándose los honorarios profesionales del Dr. Marcelo Héctor C. en los siguientes montos: a) por sus labores de primera instancia, en la suma de $ 2.800.- b) por sus tareas de alzada, en la suma de $ 980.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

cg