

Doctrina Societaria y Concursal • TOMO XIX • N° 234 • MAYO 2007

Sociedades Comerciales
Cooperativas
Asociaciones Civiles
Mutuales
Fundaciones
Concursos y Quiebras
Contratos de Empresa
Títulos de Crédito

Doctrina Societaria y Concursal

INCLUYE COMENTARIO DEL PLENARIO "GIALLOMBARDI"
SOBRE IMPUGNACION ASAMBLEARIA POR
ALEJANDRO LÓPEZ TILLI

Concursos, moralización de éstos y "forum shopping"
Javier A. Lorente y E. Daniel Truffat

La disolución por pérdida del capital social en las
sociedades anónimas y el informe del auditor
Enrique M. Kiarski

La manifiesta inconstitucionalidad de la solidaridad
fiscal en la Provincia de Buenos Aires
Hugo A. Anchaval

Algunas problemáticas propias del derecho societario
registral
Norberto R. Benseñor

El crédito por expensas comunes y el bien de familia
frente al proceso de quiebra
Carlos A. Anza

Dictámenes de precalificación (IGJ): consideraciones
tener en cuenta
José L. Sirena

Otras publicaciones

- **Doctrina Tributaria**
Director Académico: Hugo E. Kaplan
- **Doctrina Laboral y Previsional**
Director Académico: Juan C. Fernández Madrid
- **D&G Profesional y Empresaria**
Director Académico: Mario Wainstein

Doctrina
Societaria
y Concursal



EMPRESA ARGENTINA
DE CAPITALES ARGENTINOS
LÍDER EN INFORMACIÓN PROFESIONAL

N° 234 • MAYO 2007

ERREPAR

N° 234 • MAYO 2007



EMPRESA ARGENTINA
DE CAPITALES ARGENTINOS
LÍDER EN INFORMACIÓN PROFESIONAL

imilia, el proceso fa-
4522, no se aprecia
o para tal hacer, so
os propios de quie-
verse sometidos a
sistema forzoso de
ser la quiebra.

al -de ejecución, inci-
o- con participación

del síndico de la quiebra la vía que mejor se
aprecia para tal hacer.

Recuérdese que si bien los jueces deben
desentrañar la significación jurídica de las le-
yes y ello los obliga a superar las "rígidas pau-
tas gramaticales" que pudieren existir, tam-
bién tienen la obligación de abstenerse de
toda inteligencia que equivalga a prescindir
de la norma aplicable.⁽²⁷⁾

uración General, al que remitió la Corte Suprema, en autos "Abujall, José Omar y Feu,
Erika Ruth"; "Lehmann, Juan Daniel y otros s/juicio ejecutivo - expte. 5185/1997 s/inc.
e familia" - T. 326 - Folio 1864 - 11/6/2003

JURISPRUDENCIA ÍNTEGRA Y COMENTADA

6 - Sociedades. Asambleas. Impugnación. Me- diación. Efectos suspensivos. Improcedencia

GIALLOMBARDO, DANTE NÉSTOR c/ARREDAMENTI
ITALIANI SA s/ORDINARIO - CNCOM. - EN PLENO -
9/3/2007(*)

*No corresponde otorgar a la iniciación del trá-
mite de mediación previa efectos suspensivos
sobre el plazo para deducir la acción de impug-
nación asamblearia prevista en el artículo 251
de la ley de sociedades comerciales.*

UNA RESPUESTA OBVIA QUE -AUNQUE TÉCNICAMENTE CUESTIONABLE- REESTABLECE LA SEGURIDAD PERDIDA

NOTA AL FALLO

ALEJANDO LÓPEZ TILLI

1 - Introducción

Desde hace largo tiempo vengo afirman-
do insistentemente la necesidad del dictado
de un plenario que pusiera fin a la situación
de escándalo jurídico provocada por la dispar
interpretación que las distintas Salas de la Cá-
mara Comercial de la Capital Federal sostenían
respecto de los efectos que cabía asignar-
le al inicio del trámite de mediación sobre el
plazo que el artículo 251 de la ley de socieda-
des comerciales fija para el inicio de las accio-
nes de impugnación de asambleas.⁽¹⁾

El plazo fijado por la ley (tres meses) es dema-
siado breve como para que -por discusiones
de contenido meramente doctrinales en
cuanto a la naturaleza del referido plazo (re-
cordemos que la ley no aclara si se trata de un
plazo de caducidad o de prescripción)- se ter-
minen afectando los derechos del impugnante
diligente que cumplió con la manda legal
de recurrir al procedimiento de mediación en
forma previa al inicio de la instancia judicial.

La cuestión de si el procedimiento de
mediación surte efecto alguno sobre el plazo
previsto para el inicio de la acción de impug-
nación, ha sido un tema largamente discutido
en el que tres de las cinco Salas comerciales
opinaban de un modo y las dos restantes opi-
naban exactamente lo contrario.

El nudo de la discusión radicó en que la
ley de mediación establece que el inicio de la
misma suspende el cómputo de la prescrip-
ción, pero ninguna referencia hace a los pla-
zos de caducidad. Y como al plazo para el ini-
cio de la acción de impugnación se lo consi-
dera doctrinariamente como un plazo de ca-
ducidad, entonces el inicio del procedimiento
de mediación no debía surtir ningún efecto
sobre dicho plazo. Ésta fue la solución propi-
ciada por las salas A, B y E.

Contrariamente, las Salas C y D sostenían
que pese a que el plazo fuese de caducidad,
como el actor no podía interponer la deman-

(*) El suscriptor interesado puede consultar el texto completo del citado fallo en ERREPAR DIGITAL

(1) Al respecto ver: López Tilli, Alejandro: "La mediación en el marco de los procesos de impugnación de asambleas" - ERREPAR - DSE - N° 227 - octubre/2006 - T.XVIII - pág. 1117 y ss.

da sin haber cumplido con la instancia de mediación, el inicio de esta última, debía igualmente suspender el cómputo de aquélla.

Hoy la solución alcanzada por el plenario -tal como era de esperar- es que el procedimiento de mediación no surte ningún efecto sobre el plazo para el inicio de acción de impugnación, por lo que para evitar la "caducidad" del derecho, deberá interponerse la acción de impugnación aun cuando se encuentre pendiente o en trámite el proceso de mediación y supeditar -en todo caso- el traslado de la demanda a la conclusión de tal procedimiento.

La solución alcanzada resulta coherente con la interpretación de que el plazo de inicio de la acción es de caducidad y no de prescripción, aunque comporta una respuesta totalmente antifuncional que torna incongruente el funcionamiento mismo del sistema judicial, pues obliga a iniciar la demanda (con el consiguiente incremento de las costas y dispendio jurisdiccional que ello genera) para luego recién continuar con el procedimiento de mediación, cuando justamente la finalidad buscada por la ley de mediación fue evitar que se llegara a la instancia judicial.

El problema radica en la cuestionable interpretación de que el plazo en cuestión es un plazo de caducidad, cuando en realidad se trataría más bien de un plazo de prescripción, tal como acertadamente lo han mencionado dos votos de la minoría. Bajo el prisma de esta última interpretación, no habría contradicción alguna entre los efectos del proceso de mediación y el inicio de la acción de impugnación.

Sobre este punto habré de extenderme en el presente trabajo, pero no sin antes recalcar que -pese a mis discrepancias doctrinales- celebro el dictado del plenario, pues antes del mismo teníamos un escenario incierto

que daba lugar a soluciones injustas e incongruentes; en tanto que ahora tenemos un escenario claramente definido, que si bien se funda en una argumentación científica cuestionable, al menos aporta una solución congruente con la interpretación doctrinaria predominante y termina con una discusión signada por la falta de certeza para los justiciables.

Aunque la solución no sea la deseable, la Cámara finalmente aportó una respuesta única que es bienvenida y que estaba pendiente desde el mismo dictado de la ley de mediación. Hecho este que se había puesto de manifiesto en forma más que elocuente en los numerosos fallos contradictorios que dieron lugar al dictado del plenario. A partir de ahora, hay una regla clara a seguir.

II - ¿Caducidad o prescripción?

La pregunta sometida a plenario fue si correspondía otorgar al trámite de mediación efectos suspensivos sobre el plazo del artículo 251 de la ley de sociedades comerciales.

Así planteado el interrogante, la respuesta del plenario estaba escrita desde mucho antes de que se hiciera la pregunta y -de algún modo- era más que anticipable.

De hecho, lo que más ha llamado la atención (aparte de un creativo e interesante voto del doctor Heredia que intentó brindar una solución justa sin apartarse del entendimiento generalizado de que el plazo en cuestión es de caducidad) ha sido el voto del doctor Monti y la adhesión del doctor Caviglione Fraga, quienes -contrariando precedentes anteriores- se atrevieron a sostener que el plazo del artículo 251 es un plazo de prescripción y no de caducidad.

Es que partiendo de la premisa -que a esta altura se ha llegado a afirmar casi con el

grado de dogma de fe- de que los tres meses conferidos por la ley para interponer la acción de impugnación de asamblea constituyen un plazo de caducidad, no era dable esperar una respuesta diferente habida cuenta del entendimiento -también generalizado- de que los plazos de caducidad no se suspenden ni interrumpen.

Sin embargo, en el voto del doctor Montinos encontramos con una construcción que va más allá de la mera pregunta formal sometida a consideración plenaria. En efecto, con un voto caracterizado por su pragmatismo, pero al mismo tiempo dotado de esa hondura académica que no tiene más brillos que los que le da la solvencia que se requiere para expresar con basta simpleza los complicados ribetes de una cuestión tan discutida, el doctor Monti rompe el rígido corsé de la interrogación plenaria y yendo a la causa primera de la discusión, plantea la pregunta que está pendiente casi desde la sanción misma de la ley de sociedades: ¿Es en verdad el plazo del artículo 251 un plazo de caducidad?

Es una lástima que no haya sido ésta la pregunta del plenario pues -aun cuando quizás (no lo sabemos en realidad) el resultado hubiese terminado siendo el mismo- al menos se habría forzado a los votos que conformaron la mayoría a brindar una explicación más profunda y fundada desde el punto de vista académico de por qué consideran al plazo del artículo 251 de la ley de sociedades como un plazo de caducidad.

El voto mayoritario se ha limitado a reiterar el trillado y equivocado argumento de que dicho plazo es de caducidad en razón de "la necesidad de dar certeza a las decisiones asamblearias, porque no es posible imaginar que

la vida societaria pueda estar sometida a la incertidumbre de que se declare la nulidad de un acto celebrado por su órgano más trascendente".

Sin embargo, la brevedad de los plazos en pos de la certeza no es atributo propio y exclusivo del instituto de la caducidad. Por el contrario, existen plazos de prescripción igualmente breves, tal el caso por ejemplo del artículo 4041 del Código Civil que fija en tres meses el plazo para ejercer las acciones rehibitoria y "cuanti minoris"; así como también existen plazos de caducidad prolongados como el del artículo 1381 del Código Civil, que fija en tres años el plazo dentro del cual el vendedor puede manifestar su intención de hacer valer el pacto de retroventa.

Lo que verdaderamente distingue a la caducidad respecto de la prescripción es el efecto que el legislador le otorga al paso del tiempo. En el supuesto de la caducidad, el transcurso del tiempo hace que no se perfeccione el derecho. En la prescripción -en cambio- hace que se extinga la acción de un derecho perfecto.

La prescripción supone un derecho plenamente formado y consolidado cuya exigibilidad legal se pierde por la inacción de su titular en el ejercicio de las acciones correspondientes a mantenerlo, funcionando pues como una sanción. La caducidad, en cambio, persigue que los derechos se ejerzan en un término determinado y, por ello, a diferencia de la prescripción, extingue directamente el derecho y no las acciones que de él se derivan. No es, pues, una sanción a quien se mantiene inactivo sino que lo que ha pretendido el legislador es que la temporalidad en su ejercicio constituya el presupuesto de su perfeccionamiento y existencia.⁽²⁾

(2) Nissen, Ricardo: "Ley de sociedades comentada, anotada y concordada" - pág. 153

De tal forma, el nacimiento de un derecho se subordina a una previa actividad del interesado considerada como requisito necesario para la consolidación o perfeccionamiento de él. Cuando existe un plazo de caducidad, el interesado debe hacer una manifestación o asumir una conducta en ese lapso, y sólo después de efectuada tal manifestación o acto, que ha perfeccionado o consolidado tal derecho, comienza a correr el término de la prescripción.⁽³⁾

Esta interpretación ha merecido recepción jurisprudencial, estableciéndose que los plazos de caducidad son aquellos dentro de los cuales se debe realizar un hecho positivo o negativo o un acto que dará nacimiento o consolidará un derecho o una acción.⁽⁴⁾

La caducidad impide que nazca el derecho. La prescripción extingue la acción de un derecho ya nacido. Por ello, la prescripción se opone como excepción (y el juez no puede suplirla de oficio, conf. art. 3964, CC), en tanto que la caducidad debería dictarse de oficio rechazándose "in limine" la demanda por falta de acción, pues el derecho en que se funde nunca habría llegado a nacer.

Si se cumple una obligación prescripta, hay pago válido (conf. art. 516, CC) pues la obligación subsiste como natural. Si se cumple una obligación que ha caducado, hay pago sin causa (conf. art. 793, CC).

A esta altura de los acontecimientos es importante destacar que la ley no discrimina entre caducidad y prescripción. La distinción surgió de la doctrina al advertir -como hemos visto- que el legislador -en algunos casos- le otorgaba al paso del tiempo el efecto

de extinguir la acción de la que el ordenamiento jurídico dota a un derecho para forzar su ejercicio, en tanto que en otros le otorgaba el efecto de impedir el nacimiento del derecho.

Técnicamente, el legislador sólo hizo referencia a los distintos efectos que le otorga al paso del tiempo. Todo lo demás fue creación doctrinal. De allí que el razonamiento que se formula en el plenario es el inverso.

En efecto, los votos que conforman la mayoría comienzan por calificar al plazo como de caducidad, y a partir de allí, extraen las conclusiones propias de tal calificación que ya han sido bien catalogadas por la doctrina (imposibilidad de suspensión y/o interrupción).

Pero siendo que la ley nada dice sobre la naturaleza de dicho plazo, lo correcto hubiese sido que se comenzara por analizar (como lo hizo el juez Monti) los efectos que la ley le otorga al traspaso del tiempo en el caso de las impugnaciones de asambleas. Y en este sentido, es de destacar que el artículo 251 de la ley de sociedades comerciales aniquila la acción y no el derecho. Ello se advierte claramente de su texto en cuanto establece que la acción se promoverá dentro del plazo de tres meses. Si la ley hubiese pretendido referirse al derecho hubiese establecido que el derecho debía ejercerse dentro de dicho plazo. Pero no. El legislador se refirió sólo a la acción.

Lo llamativo del caso es que el mismo legislador, en el artículo 110 de la ley de sociedades comerciales, ha distinguido claramente entre el derecho y la acción al establecer un plazo de caducidad de 15 días para que los socios manifiesten su voluntad de impugnar

(3) Zavala Rodríguez, C. J.: "Código de comercio comentado" - T. VI - pág. 312

(4) CNCom. - Sala A, "in re" "Furcons SRL s/quiebra" - 22/6/1994

el balance final del liquidador y su proyecto de distribución, debiendo promover la acción judicial dentro del término de los sesenta días siguientes al vencimiento de aquél. Y sin embargo, ni el voto de la mayoría ni las opiniones doctrinarias, que le sirven de sustento, se hacen eco de esta circunstancia.

Aquí, claramente, hay un plazo de caducidad (15 días) dentro del cual se le exige al sujeto que exteriorice determinada conducta para perfeccionar el nacimiento del derecho y otro de prescripción, dentro del cual se debe ejercer la acción para hacer valer el derecho, bajo apercibimiento de perderla.

Ésta es la nota característica de la caducidad -el cumplimiento de una conducta para perfeccionar el derecho- y no la brevedad del plazo.

Abonando lo expuesto, puede citarse el ejemplo del asegurado que debe comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro de los tres días de conocerlo (conf. art. 46, ley de seguros); o el portador de una letra de cambio o pagaré que debe efectuar el protesto por falta de pago dentro de los dos días hábiles siguientes al vencimiento (conf. art. 48, DL 5965/1963); o el destinatario de equipaje o mercancías que -en caso de avería, pérdida, destrucción, etc.- debe dirigir su protesta al transportador aéreo dentro de los tres o diez días de la entrega o de la fecha en que debían ponerse a su disposición (conf. art. 149, Código Aeronáutico); o el comprador de mercaderías que tiene tres días desde la entrega para reclamar por faltas en la cantidad o defectos en la calidad (conf. art. 472, CCo.); o el heredero que debe practicar el inventario

dentro de los tres meses de intimado judicialmente y, ya hecho, tiene treinta días para renunciar a la herencia (conf. art. 3366, CC).

Sentado lo expuesto, si hablamos de caducidad, cabe preguntarse entonces cuál es la conducta que la ley de sociedades exige al socio para que se consolide su derecho a impugnar.

Y luego de un pormenorizado análisis de la misma, puede advertirse con prístina claridad que el derecho a impugnar es un derecho que nace desde la misma configuración del vicio que nulifica la asamblea, sin que se requiera actividad adicional alguna por parte del socio. Por el contrario, lejos de hacer cualquier mención al derecho, el artículo 251 se refiere exclusivamente a la acción -dando con ello por sentado que existe un derecho perfecto- estableciendo que deberá promoverse dentro de los tres meses de clausurada la asamblea. Siendo así, no cabe más que concluir que el referido plazo es de prescripción.

III - Inutilidad de la mediación en los procesos de impugnación de asambleas

Un tema que está latente en este conflicto que venimos analizando y sobre el que ya me vengo expresando desde hace varios años⁽⁵⁾ es la completa inutilidad de los procesos de mediación en las cuestiones relativas a la nulidad de una resolución asamblearia.

Es que desde que la demandada por nulidad es la propia sociedad y desde que quien comparece en representación de ella carece de la potestad representativa de los socios que votaron la resolución asamblearia que se impugna, no existe posibilidad material alguna de arribar a un acuerdo conciliatorio.

(5) Ver al respecto: López Tilli, Alejandro M.: "Las asambleas de accionistas" - Ed. Ábaco - Bs. As. - 2001 - pág. 403 en adelante

Un acuerdo que modificara lo resuelto por una asamblea sin la intervención de los accionistas a los que les correspondía intervenir en la misma, sería nulo pues el representante de la sociedad estaría ejerciendo la competencia del órgano de gobierno (la asamblea) suplantando la voluntad de los socios y modificando lo que éstos habían decidido oportunamente.

Así entonces, dentro de este particularísimo ámbito de las nulidades asamblearias, la acción de nulidad no podría admitir soluciones conciliatorias. De tal modo, la sociedad sólo tendría dos opciones: negar la existencia del vicio e insistir por la validez del acto, o reconocer la existencia del mismo y allanarse a la pretensión de nulidad. No se podrían modificar los términos del acta de asamblea, porque eso les compete sólo a los accionistas.

Sin perjuicio de ello, cabe preguntarnos qué sucedería si lo resuelto por la asamblea fuese una materia que en realidad estuviese dentro de la órbita de competencia del directorio, ya que en este caso, al aceptarse la fórmula transaccional no se estaría avanzando sobre la asamblea toda vez que el directorio se encontraría facultado para decidir sobre la materia en cuestión.

Pongamos como ejemplo el caso de la impugnación de una asamblea de una sociedad de inversión llamada "A" que decide la venta de parte de su cartera de portafolio a un precio sustancialmente menor al de mercado, a otra sociedad llamada "B" cuyo accionista controlante es el accionista controlante de la sociedad "A". Dicha asamblea es impugnada por violación del artículo 248 de la ley de sociedades sobre la base de sostener que el accionista mayoritario debió haberse abstenido de votar por tener un interés contrario al de la sociedad.

Como se advierte, la operatoria decidida por la asamblea fue un acto típico de administración -que por esencia corresponde al directorio- y en consecuencia podría argumentarse que dicho órgano se encuentra plenamente facultado para decidir sobre él.

De tal forma, el directorio obligaría a la sociedad por lo resuelto en la mediación, sin perjuicio de su eventual responsabilidad ante los accionistas.

Tratándose de un acuerdo celebrado con un tercero, indudablemente ésta sería la solución correcta, por imperio de lo dispuesto por el artículo 58 de la ley de sociedades.

Sin embargo, toda vez que no estamos en presencia de un tercero ajeno a la sociedad sino de uno de sus propios accionistas, la solución podría ser otra.

De tal forma podría considerarse que, aún en esta hipótesis, tampoco sería aceptable admitir la modificación de los términos del acta de asamblea, porque aunque el directorio se hubiese encontrado facultado para celebrar el acto por sí, en el caso particular la asamblea se habría avocado a tal competencia, desplazando al mencionado órgano.

Así por ejemplo, no sería admisible como fórmula conciliatoria, la modificación del precio o el plazo de la operación o las condiciones de crédito o de las garantías a cambio del desestimiento del pedido de nulidad, porque al haber sido resuelto por asamblea, los accionistas habrían tomado intervención y, al hacerlo, habrían tenido en cuenta en el momento de votar las condiciones iniciales de la operación. De lo contrario, podría argumentarse que de haber sabido los accionistas que las condiciones eran otras, nunca hubiesen votado favorablemente.

De este modo, la operación sería válida o nula tal como fue concebida originalmente,

pero no sería susceptible de modificación en un arreglo transaccional celebrado por el representante de la sociedad.

Aunque existen argumentos válidos para las dos posturas (validez o invalidez del acuerdo transaccional celebrado por el representante de la sociedad en el ámbito de una impugnación asamblearia), ante la duda -y a fin de evitar inconvenientes- podría recurrirse a la figura de una propuesta transaccional condicional sometida a la posterior ratificación de la asamblea.

A tenor de lo reseñado, puede concluirse que los argumentos vertidos si no alcanzan para descartar el procedimiento de mediación previa obligatoria (al menos ante el estado actual de la legislación) sirven como mínimo para delimitarlo en cuanto al contenido de sus fórmulas conciliatorias.

Sin perjuicio de lo anterior, he de concluir que hace falta una urgente reforma legislativa que excluya expresamente a las acciones de impugnación de asambleas del procedimiento de mediación previsto por la ley 24573.

7 - Sociedades. Sociedades no constituidas regularmente. Sociedades de hecho. Disolución. Liquidación y distribución. División de condominio

VISCIGLIA, GUILLERMO ANTONIO Y OTROS c/CUTRI, EMILIO s/ORDINARIO - CNCOM. - SALA C - 28/4/2006(*)

Es clara la necesidad de acudir al procedimiento regulado por los artículos 101 a 112 de la ley de sociedades comerciales, a fin de dirimir las cuestiones entre los socios (conf. art. 22, tercer y

cuarto párrafos, y art. 98 de la misma ley). La etapa de liquidación comprende las operaciones necesarias para concluir los asuntos pendientes -si los hubiera- pagar las deudas sociales, transformar si es necesario los bienes en dinero, a fin de establecer el activo neto que, en la partición, se distribuirá entre los socios con sujeción al contrato o a las prescripciones legales.

En suma, tratándose de un mecanismo establecido por la ley no es dable dejarlo de lado. Se trata de un iter imperativo e inexcusable, dispuesto en interés general, con una evidente finalidad tuitiva de los derechos de terceros que pudieron haber contratado con la sociedad.

Por otro lado, no parece razonable la exigencia de una fórmula sacramental para instrumentar la voluntad disolutiva. Soslayar esto en virtud de un prurito formal importaría admitir un proceder ambiguo que no se compadece con el principio de buena fe, que debe regir toda relación societaria, ni con el deber de obrar "con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios" (art. 59, LSC).

SOCIEDAD DE HECHO. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. PAUTAS. DIVISIÓN DE CONDOMINIO

NOTA AL FALLO

EDUARDO M. FAVIER-DUBOIS (p)

1. El caso resuelto

La Sala C de la Cámara de Apelaciones de la Justicia en lo Comercial de la Capital Federal, en el juicio ordinario promovido por Guillermo Visciglia y otros contra Emilio Cutri, confirmó la sentencia de Primera Instancia

(*) El suscriptor interesado puede consultar el texto completo del citado fallo en ERREPAR DIGITAL