

“COMELLI DE SIDAÑEZ, GRACIELA C/ AMILCAR COMELLI SA Y OTRO S/ SUMARIO” - CNCOM - SALA D - 12/02/2002

En Buenos Aires, a los 12 días del mes de febrero de 2002, reúnen los señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal -en la cual se halla vacante la vocalía 10-, con la autorizante, para dictar sentencia en la causa COMELLI de SIDAÑEZ, Graciela c/ AMILCAR COMELLI S.A. y otro s/ sumario”, registro 30.1'17194, procedente del Juzgado 12 del fuero (Secretaría 23), donde está identificada como expediente 56.654.

El señor Juez Cuartero dice:

1. a) La demanda de autos (fs. 15) tuvo varios objetos, a saber:

i) La declaración de disolución y la consecuente liquidación de Amilcar Cornelli SA y de Grafear SA, por pérdida de la affectio societatis.

(ii) La remoción de los directores de ambas sociedades, por incumplimiento de las funciones administrativas a su cargo.

(iii) La efectivización de la responsabilidad de esos directores, por violación del derecho de información de la socia demandante.

(iv) La reparación de los daños y perjuicios causados por el irregular manejo administrativo de las sociedades.

En el punto 5 de fs. 17, fueron expuestas las siguientes irregularidades cometidas por los demandados:

1°) No llevar al día la contabilidad.

2°) No presentar en tiempo a consideración de los socios los balances, memorias y demás estados contables.

3°) No realizar las comunicaciones pertinentes a la Inspección General de Justicia.

4°) No permitir a la socia el acceso a los libros, ni a la documentación contable.

5°) Omitir dar a la socia la información pertinente, en ocasión -o antes- de las asambleas ordinarias.

6°) Falta de pago de las obligaciones fiscales y previsionales.

7°) Deliberada negativa de permitir el acceso de la socia a la planta fabril.

8°) Deliberada negativa de permitir el acceso a esa planta a posibles compradores de las acciones de la sociedad.

9°) Deliberada negativa de exhibir los estados contables a la socia.

10) Deliberada negativa de exhibir esos elementos a eventuales compradores de las acciones de la demandante.

Cuadra comentar que a este proceso precedió uno de igual contenido que el presente, pero relativo a los ejercicios cerrados antes de 1991, que concluyó por desistimiento de la acción y del derecho por parte de la allí y aquí demandante.

Por tanto, Graciela Comelli de Sidañez aclaró que “No se acciona ni se reclama en este juicio sobre derechos patrimoniales cuyo nacimiento se haya producido con anterioridad al ejercicio económico 1991 cerrado en julio de 1992, ni sus anteriores” (fs. 17), pero agregó que no le estaba vedado exponer y probar el “comportamiento histórico” de los demandados, relativo a su “autoritarismo”, “desconsideración” y a “la falta de affectio societatis”.

b) La sentencia definitiva de primera instancia dictada en fs. 2398 desestimó íntegramente esas pretensiones -aunque mandó pasar los antecedentes a la Justicia en lo Penal Económico, dado que en fs. 2407 fue dicho que la “sospechosa administración” de las sociedades demandadas podría haber generado un perjuicio al Estado Nacional “en materia de percepción de impuestos”-.

Los fundamentos medulares de esa decisión desestimatoria de la demanda pueden sintetizarse así:

(i) Dado el desistimiento del derecho invocado en el precedente proceso habido entre las partes -ocurrido el 30.12.92-, los hechos sometidos a juicio en la presente causa son y sólo pueden ser los sucedidos con posterioridad a esa fecha del desistimiento y hasta la presentación de esta nueva demanda.

(ii) La *affectio societatis* no integra la noción actual de las sociedades, y -si se pensase lo contrario- de todos modos:

(ii. i) Su importancia es “mínima” (fs. 2404) en las sociedades anónimas.

(ii. ii) La pérdida de la *affectio societatis* no es causal de disolución de sociedades autorizada por la ley 19.550.

(iii) No procedía la remoción de los directores, porque:

(iii. i) La documentación de fs. 119/87 -mediante la cual la actora había formulado diversos reclamos a los demandados- es de fecha anterior a la promoción de la primera demanda, de modo que esos hechos quedaban cubiertos por el desistimiento del derecho invocado en esa demanda y eran, por tanto, ajenos a esta causa, o no cognoscibles aquí.

(iii. ii) La cuestión se presentaba, en realidad, como abstracta, pues había caducado el mandato de los directores que la actora pretendía remover mediante esta acción (empero, cabe aclarar que esos directores habían sido reelegidos).

(iii. iii) Por último -comento que no por ello menos importante-, la sentencia advirtió que Graciela Comelli de Sidañez había abandonado sus derechos políticos, pues había renunciado al directorio y no participaba en las asambleas, cuyas decisiones no había impugnado, como tampoco había oído los balances en ellas aprobados; de ello extrajo la sentencia que:

(iii. iii. i) En el caso no había agravio concreto al derecho de información de la socia.

(iii. iii. ii) Las antedichas decisiones assemblearias no impugnadas habían quedado consentidas, pues directamente habían caducado las acciones de impugnación a las mismas.

(iv) Juzgó la sentencia en fs. 2405 que esa “conducta omisiva” de la actora “podría” deberse a que las sociedades actuaban con quebrantamiento de lo previsto por la ley 19.550, “anormalidad” corroborada por el hecho de que en su carta de fs. 57 la actora requirió a los directores no sólo información sobre las utilidades obtenidas por las sociedades, sino también el pago de cierto porcentaje de la facturación mensual “según contrato de fecha 1/12/87, que no me ha sido pagado como correspondía en los últimos cuatro meses”; la sentencia destacó que ese contrato no había sido agregado a autos.

(y) En cuanto a la “sospechosa administración” que dio lugar a la remisión de los antecedentes al fuero en lo Penal Económico, tal decisión se fundó en las manifestaciones hechas por la demandante al impugnar -en fs. 2283- el dictamen pericial contable producido en fs. 2229; la sentencia -más allá de sus sospechas- no formuló juicio concreto sobre el tema, sino que pasó la cuestión al conocimiento del magistrado que corresponda del mencionado fuero.

1. c) De esa sentencia apeló la parte actora, cuya expresión de agravios obra en fs. 2435 y fue contestada en fs. 2445.

2. Dos son las cuestiones medulares invocadas por la iniciadora de este proceso: a) la pérdida de la *affectio societatis*, que justificaría declarar la disolución de las sociedades codemandadas y disponer su consecuente liquidación, y b) las irregularidades cometidas por los directores de ambas sociedades, que autorizarían el progreso de las acciones por remoción de los i por responsabilidad de esos administradores y por indemnización de los daños y perjuicios causados por esa mala gestión.

Tales temas serán tratados en los puntos 3 y 4 de esta ponencia; antes, empero, es menester atender dos cuestiones previas a las mencionadas arriba, cuestiones trascendentes pues: a) la primera de ellas tendrá por inevitable consecuencia limitar el conocimiento de los hechos a los ocurridos con posterioridad al primer juicio deducido por la actora, concluido por su desistimiento del derecho (recordar lo expuesto en los dos últimos párrafos del apartado 1 .a. de la presente), y b) la segunda precisará que en el caso cabe aplicar la regulación societaria normal, dicho ello en el sentido de que no cabe alterar ese régimen o aplicar uno de alguna manera diferente por la circunstancia de ser las codemandadas sociedades de familia.

2. a) Las partes están contestes -y lo dijo la actora expresamente- que este juicio fue precedido por otro igual -o de igual contenido o materia- que concluyó por desistimiento del derecho allí invocado (también medió desistimiento del proceso, pero es claro que el desistimiento del derecho absorbió la segunda figura:

desistido el derecho, fue fatal que quedase concluido el proceso en que se intentó hacer valer aquél).

Ello motiva que todos los hechos referidos en la documentación copiada en fs. 119/87, y los documentos en sí mismos, deban ser excluidos de toda consideración en este segundo proceso -como, en los hechos, bien lo hizo en fs. 2404 la sentencia apelada-, pues Graciela Comelli de Sidañez desistió del derecho que para su parte resultaría de esos hechos.

Así las cosas, y conforme con el cpr 305 in fine, en lo sucesivo, quien formuló ese desistimiento estuvo y está absolutamente impedida de promover otro proceso por el mismo objeto y causa (entendiendo por "causa" esos hechos expuestos en el proceso anterior, causa del derecho allí invocado).

La actora, pues, no pudo re-introducir en este segundo proceso aquellos hechos invocados en el anterior, ni siquiera para informar el "comportamiento histórico" de los demandados, pues ese "comportamiento histórico" -o, si prefiere, los derechos que habría producido para la demandante, o las responsabilidades y débitos que habría generado para los demandados- quedó plenamente cubierto por el desistimiento del derecho, de modo que ese "comportamiento" es absolutamente insusceptible de ser conocido en este segundo litigio, cualquiera sea el alcance de ese conocimiento.

2. b) En otro orden de cosas, no es dudoso que Amilcar Comelli SA y Grafear SA son sociedades de familia -también es claro que este litigio constituye una derivación judicial de un profundo conflicto familiar mucho más complejo en sus aspectos personales que en su proyección societaria; aquí, antes que la affectio societatis parecen haber sido perdidos los afectos familiares y fraternales, penosa situación cuya composición escapa largamente a las posibilidades de esta Sala-

Mas la característica de ser de familia cada una de las sociedades codemandadas, no las aparta ni un ápice de la regulación de la ley 19.550, que v.gr.- no establece un sistema especial para la disolución de ellas.

Además, bien puede considerarse que el tema de las sociedades de familia ha ocupado particularmente a la doctrina y al legislador en lo referido a la superposición que puede darse entre el régimen de bienes en el seno de la familia -especialmente: en la sociedad conyugal- y el régimen patrimonial de los socios en la sociedad comercial, tema que no ha sido planteado aquí.

Juzgo, pues, que en el caso nada interesa esa característica que presentan las dos sociedades demandadas: ello es indiferente para el derecho societario y para la solución de este conflicto.

3. La noción de la affectio societatis, y su valor como elemento del contrato de sociedad, son cuestiones complejas; también lo es que su ausencia pueda conducir a la disolución de la sociedad.

3. a) Esta Sala -con distinta integración a la actual- juzgó el 17.9 in re "Ferrario de Borello, María c/ Promocon SCA" que la affectio societatis es un elemento esencial del contrato de sociedad y su inexistencia, causal suficiente de disolución; respeto, claro, pero no comparto ese juicio.

La affectio societatis -en general, y según su concepto actual, harto alejado de la concepción romana del cual proviene, donde la sociedad era un contrato intuitu personae- se subsume en la voluntad de contratar, en el consentimiento para formar sociedad; sociedad que, más allá de afecto especial alguno -es decir: exista éste o no exista- , se constituye -y éstos son los elementos esenciales de la figura- a partir de (a) la realización de aportes, a los efectos (b) de participar en los beneficios y de soportar las pérdidas producidas por la actividad a cuya realización se destinan aquellos aportes.

Según cita de Zaldívar ("Cuadernos...", 1, pág. 80, 5.5.5., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980), considera Ascarelli que la affectio societatis "es un simple duplicado del consentimiento necesario para constituir sociedad". Adhiero a esa tesis: la affectio societatis no es más que la denominación específica que en el caso de las sociedades recibe la intención de celebrar el contrato social (contrató que, por lo demás, ni siquiera celebra quien recibe o compra una acción de una sociedad por acciones o una cuota parte de una SRL, quien simplemente acepta y adhiere al contrato antes celebrado).

3. b) La pérdida de la affectio societatis no está legalmente prevista como causal de disolución de las sociedades; de tal modo, no parece que un socio pueda

imponer a los restantes la disolución por tal motivo (desde luego, si todos los socios están contestes en que se ha extinguido en ellos la voluntad de continuar la sociedad, ésta podrá disolverse, pero por la causal prevista en la ley 19.550 lo cual es otra historia).

Excepcionalmente, las divergencias severas entre los socios podrían dar lugar a la disolución cuando los conflictos entre ellos conduzcan a la paralización de la gestión intrasocietaria y de su actividad comercial o de producción.

Así, bien ha sido dicho que “La discordancia entre los miembros de una sociedad sólo puede servir de fundamento para su disolución cuando se traduce en la imposibilidad de lograr su objeto social (L 94: 4°).” (CNCorn., Sala E 27.12.91, “Pagliai, Aníbal c/ Fernández Lacour, César”; texto según la base de datos del sistema de consulta de jurisprudencia elaborada por la Secretaría Letrada de Informática de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Mas nótese que ese precedente, subsume la cuestión en una causa legal de disolución, lo cual no es posible hacer aquí, donde las sociedades codemandadas -más allá de las irregularidades denunciadas por la actora, lo cual trataré más adelante- continúan funcionando o, cuanto ‘menos, no se ha demostrado concretamente que estén en imposibilidad de funcionar y de operar.

3. c) En mérito a las consideraciones expuestas, juzgo que no procede la apelación de la actora en lo referido a la desestimación de su pretensión de disolución de Amilcar Cornelli SA y de Grafear SA.

4. Las diez irregularidades denunciadas por la actora fueron detalladas en el apartado 1 .a. de este voto, y no las reiteraré aquí, sino que a efectos de su examen las agruparé en cinco categorías: irregu1a a) contables -punto 1° del apartado 1 .a.-, b) de información -puntos 2°, 4°, 5°, 9° y 1 OO_, c) registrales -punto 3°-, d) fiscales y previsionales -punto 6°-, y e) impedimento de acceso a la planta fabril -puntos 7° y 8°-.

4. a) Las irregularidades contables no fueron detectadas por el perito contador, quien dijo que las contabilidades de ambas sociedades demandadas “revisten las características formales exigidas por el Código de Comercio” (fs. 2229), y manifestó haber examinado “una contabilidad llevada conforme los requerimientos del Código de Comercio” (fs. 2247).

Esa prueba -ni ninguna otra que haya mencionado la apelante en su expresión de agravios- no acredita, pues, la existencia de esta irregularidad.

4. b) Desechados los elementos documentales de fs. 119/87 (ver apartado 2.a. de la presente) ningún elemento de la causa -cuanto menos: ninguno que haya invocado Graciela Comelli de Sidañe escrito de fundamentación de su recurso- permite tener por cierto que le haya sido negada información de especie alguna, ni a ella ni a un eventual interesado en la compra de sus acciones.

A ello debe agregarse:

(i) Lo que diré en 4.c., respecto de la presentación de los balances a la Inspección General de Justicia.

(ii) El abandono que de sus derechos accionarios-políticos hizo la actora, cuya última concurrencia a una asamblea de Amilcar Comelli SA fue el 30.11.87 (dictamen pericial contable, fs. 2252) y de Grafear SA fue el 10.4.89 (idem, fs. 225 evidentemente, ese abandono no parece ser compatible con los requerimientos de información o de acceso a libros, que se dicen insatisfechos por los demandados. Todo ello permite descartar la existencia de las aquí llamadas irregularidades de información.

4. c) En fs. 1415, la Inspección General de Justicia acompañó copias de los balances de Amilcar Comelli SA de los ejercicios 1988 a 1994 y comprometió enviar “a la brevedad” el del ejercicio 1995; también agregó los de Grafear SA correspondientes a los años 1988/94.

No existieron, pues, irregularidades registrales anteriores a la promoción de este juicio -iniciado en junio de 1994.

4. d) En fs. 2250 el dictamen pericial contable informó que al 30.6.95 la codemandada Amilcar Comelli SA registraba una deuda fiscal y previsional por algo más de \$ 50.000, no exigibles a esa fecha.

Respecto de Grafear SA, el mismo dictamen informó en fs. 223 la única deuda de esa sociedad por impuesto inmobiliario “es una moratoria de la que restan pagar 14 cuotas de \$ 509,27”.

Ese dictamen -ni ningún otro elemento que haya invocado la apelante al expresar agravios- no comprueba, pues, irregularidad fiscal o previsional alguna.

4. e) En cuanto a que se impidió a la actora, o algún potencial interesado en la adquisición de sus acciones, el ingreso a la planta fabril, he hallado en autos dos probanzas de interés:

(i) La declaración testimonial de fs. 632 vta., según la cual su autor y la actora concurren al establecimiento cierto día y no pudieron entrar "debido a que no atendió nadie ese día".

(ii) El mismo testigo, y el que declaró en fs. 637 vta., que coincidentemente relataron que la demandante les había comentado que a ella no la dejaban ingresar al lugar.

El primer dato es equívoco, porque no permite determinar si la imposibilidad de ingreso se debió a un impedimento deliberadamente puesto por los demandados, o porque, sencillamente, en ese momento no había nadie en la planta, de modo que esa ausencia de personal fue la razón que frustró el ingreso al establecimiento. El segundo dato es insuficiente, porque los testigos expresaron la versión de hechos que la propia actora les había informado.

De todos modos, agrego que en caso ser cierto que sus hermanos impidieron a la actora el acceso a la planta, esa conducta -por cierto que grave e incivil- pudo ser removida por otras acciones judiciales -y también, acaso, por más simples medidas policiales-; por tanto, no parece que aun en esa hipótesis -de concreción no demostrada- haya podido accederse directamente a las acciones de disolución de las sociedades, de remoción de los directores, de responsabilidad de los mismos y de indemnización de daños y perjuicios.

4. f) En síntesis: ni las pruebas examinadas, ni ninguna otra que haya mencionado o invocado la recurrente en su expresión de agravios, acreditan la existencia de alguna de las irregularidades denunciadas por la demandante en su escrito inicial.

La anterior afirmación sería suficiente para definir la suerte de las acciones fundadas en la existencia de esas no comprobadas irregularidades; empero, la completividad de esta ponencia exige tratar otro tema.

En su expresión de agravios, Graciela Comelli de Sidañez sostuvo que las pruebas pericial contable y pericial de ingeniero acreditaban "la mendacidad de los estados contables" de las sociedades demandadas, y el fraude cometido por sus directores también demandados en autos.

Esa posición de la recurrente quedaría en alguna medida abonada por la sentencia, que expuso la sospecha de haberse en algún modo defraudado al Fisco Nacional, razón por la cual mandó pasar los antecedentes a la Justicia en lo Penal Económico.

El tema, merece varias consideraciones.

4. f. 1) En el ámbito del derecho procesal civil y comercial rige -, cuanto menos, predomina- el llamado principio dispositivo, el cual produce -entre otras varias cosas- que la actividad probatoria en un proceso civil o comercial, sea una actividad de comprobación de los hechos invocados por las partes en sus escritos de demanda y de contestación, y no una actividad de investigación de la conducta de la parte demandada.

Es por aplicación de ese principio que el cpr 364 dispone expresamente que "No podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos".

En la demanda que inició esta causa, su presentante no denunció ni invocó la falsedad de los balances, ni maniobra fraudulenta en la confección de ellos; de tal modo, las probanzas producidas sobre el tema son -cualquiera fuere el valor convictivo de ellas- impertinentes, en los términos técnicos precisos del citado cpr 364.

La cuestión, aunque formal, no es baladí, pues en ella está comprometido el derecho de defensa de las sociedades dueñas de los libros contables y de los directores que confeccionaron los asientos contables y los balances y demás documentación: es claro que al no haber sido cuestionados por falsedad o fraude esos elementos, ellos no pudieron defender su veracidad y su sinceridad.

4. f. 2) La falsedad o fraudulencia de los balances es, pues, tema inaudible en este proceso -afirmación que, desde otra perspectiva, será corroborada en el siguiente apartado de este voto-.

Y si bien la sentencia en recurso valoró como sospechosa la contabilidad de las sociedades codemandadas, esa sospecha pudo fundar la decisión de remitir los antecedentes a la Justicia en lo Penal Económico -que investigará si el Estado Nacional sufrió algún perjuicio en su gestión recaudadora-, pero en modo alguno esa sospecha es suficiente para remover a los directores, ni para responsabilizarlos por daños y perjuicios causados no se sabe si a la sociedad, a la socia actora, o al Estado Nacional, o a todos ellos.

4. f. 3) Además, los balances -contrariando lo dicho por la actora en su expresión de agravios- fueron: a) aprobados por las asambleas de las sociedades codemandadas y b) presentados a la Inspección General de Justicia, según el siguiente detalle:

(i) Documentación de Amilcar Comeli SA

(i. i) Fs. 1285: presentación de los documentos de la asamblea del 20.11.92; fs. 1287: copia del acta de 'la asamblea que aprobó el balance.

(i. ii) Fs. 1292: presentación de la documentación referida a la asamblea del 24.9.93; fs. 1294: copia del acta de asamblea, aprobatoria del balance.

(i. iii) Fs. 1300: presentación de los elementos vinculados con la asamblea del 9.11.94; fs. 1303, copia del acta de la asamblea aprobatoria del balance.

(ii) Documentación de Grafear SA.

(ii. i) Fs. 1379 y fs. 1381: copia de la presentación correspondiente si a la asamblea del 29.4-t .92 y copia del acta de esa asamblea, que aprobó el balance.

(ii. ii) Fs. 1386: copia -de difícil lectura- de la presentación vinculada con la asamblea del 30.4.93; fs. 1388: probable copia -de imposible lectura- del acta de asamblea; aunque esa copia del acta es ilegible, el contexto documental permitiría inferir que ella se corresponde con el acta de la asamblea de la sociedad.

(ii. iii) Fs. 1394: presentación relativa a la asamblea del 9.5.94; fs. 1396: copia del acta de la asamblea aprobatoria del balance.

Es claro y está probado, pues, que las sociedades codemandadas formularon sus balances, que sus órganos de gobierno aprobaron esos estados contables, y que la documentación contable y societaria fue presentada a la Inspección General de Justicia -todo lo cual supera, ciertamente, las inexactas afirmaciones en contrario expuestas por la recurrente en su expresión de agravios-.

Pues bien: esos balances aprobados, y las asambleas que los aprobaron, no fueron objeto de impugnación alguna por parte de Graciela Comelli de Sidañez, siendo evidente que en el caso transcurrió largamente e/plazo que la ley 19.550:251 in fine establece para promover la acción de impugnación de la decisión asamblearia.

Entonces -y éste es otro óbice para conocer en autos sobre la supuesta falsedad o fraudulencia de los balances-, la actora de autos no puede mediante este proceso, intentar revivir la acción de la LS 251, definitivamente perdida por el transcurso del tiempo.

No se me oculta que en fs. 2440 vta, la agraviada sostuvo que "Todos los balances viciados han sido votados con vicios en el consentimiento de por lo menos uno de los socios (art. 251 de la ley de S.)".

Esa afirmación es recursivamente irrelevante e ineficaz porque: a) no se explicó cual habría sido el concreto vicio de consentimiento, b) tampoco se indicó quien lo habría padecido, siendo que e) ese indefinido vicio no pudo haberlo padecido la actora, quien no compareció a las asambleas arriba detalladas ni, por tanto, votó la aprobación de esos elementos contables.

4. f. 4) En síntesis y conclusión: la que podría llamarse undécima irregularidad -introducida en la expresión de agravios y que la actora parecería que pretende agregar a las diez expuestas oportunamente en su demanda- es inaudible en autos, inaudibilidad que es necesaria consecuencia de la aplicación del sistema procesal en el que predomina el principio dispositivo, y también inevitable efecto de la aplicación de la norma expresa de la ley 19.550: 251 in fine.

5. En mérito a las precedentes consideraciones, propongo al acuerdo:

(i) Desestimar la apelación mantenida por Graciela Comelli de Sidañez en fs. 2435 y confirmar la sentencia producida en fs. 2398.

(ii) Imponer las costas de esta alzada a la recurrente, en tanto que vencida en su apelación y conforme con el cpr 68.

Así voto.

El señor Juez Rotman adhiere al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) desestimar la apelación mantenida por Graciela Comelli de Sidañez en fs. 2435,

(b) confirmar la sentencia producida en fs. 2398,

(c) imponer las costas de esta alzada a la recurrente, y

(d) diferir la consideración de los honorarios hasta ser regulados los correspondientes a la primera instancia.-

FDO.: CUARTERO - ROTMAN