



Poder Judicial



FALCONE, ELIANA MAIRA C/ FALCONE BODETTO SA Y OTROS S/

SUMARIA NULIDAD ASAMBLEA

21-02864660-4

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 9na. Nom.

Nº

Rosario, 29 de diciembre de 2017.

VISTOS: Estos caratulados “Falcone, Eliana Maira c/ Falcone Bodetto SA y ot. S/ sumaria nulidad de asamblea” (expte. CUIJ: 21-02864660-4) que tramitan ante este Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 9a. Nominación de Rosario; venidos a resolver los recursos de revocatoria y el pedido de prórroga de la medida cautelar,

RESULTA:

Que a fs. 75 de autos comparecen Nestor Bodetto y Diego Bodetto con patrocinio letrado; y a fs. 78 lo hace el demandado Hector Virgilio Bodetto con el mismo patrocinio, todos interponiendo recursos de revocatoria y apelación en subsidio contra la Resolución 144 y su aclaratoria 146 de fechas 14 y 15 de febrero del 2017, por las cuales se dispone como medida cautelar la suspensión de los efectos de la Asamblea Extraordinaria de fecha 18/8/15, de la reunión de Directorio de fecha 19/8/15 y de la Asamblea Ordinaria de fecha 12/11/15, todo de la sociedad Falcone Bodetto S.A., y dispuesta hasta el día 31/5/2017.

Argumentan que no existe verosimilitud en el derecho.

Entienden que la pretensión que se cauteló se encuentra caduca; que quien solicita la medida ni siquiera sería accionista, sino heredera de un socio fallecido; que la violación de un acuerdo societario no sería oponible a la sociedad, y que como tal no acarrearía la nulidad del acto colegial sino eventualmente responsabilidad civil.

Alegan que se ha cumplido el procedimiento legal para la validez del aumento de capital en cuanto a publicaciones legales y plazos para el ejercicio del derecho de suscripción preferente y de acrecer; y asimismo que no existió defraudación.

Expresan que tampoco existen motivos graves para suspender la resolución asamblearia, y que no existe peligro en la demora.

Acompañan pruebas, solicitan se revoque la resolución y subsidiariamente se conceda el recurso de apelación, haciendo reserva de los recursos extraordinarios.

Por su parte a fs. 88 comparece Falcone Bodetto S.A., por medio de apoderado, quien además de la recusación sin causa, también interpone recurso de revocatoria y apelación en susidio contra la medida cautelar despachada.

Reproduce y amplía los fundamentos en relación a la caducidad de la acción, citando además jurisprudencia en tal sentido. Manifiesta la falta de verosimilitud en el derecho, alude a la falta de legitimación activa de la accionante; y a la inoponibilidad del acuerdo parasocietario a la sociedad.

Expresa que la decisión social de aumentar el capital es de resorte exclusivo de la sociedad, y que se correspondió con una necesidad social genuina, describiendo las gestiones que le precedieron, las que demostrarían la inequívoca necesidad de aumentar el capital. Agrega además que existen constancias del efectivo desembolso efectuado por los accionistas.

Sostiene en relación a la alegada intención licuadora, que la decisión de aumento de capital se dispuso con prima de emisión, morigerando ampliamente el efecto dilutorio que hubiera tenido para los accionistas no aportantes.

Describe las vicisitudes de la Asamblea, manifiesta que se inscribió el aumento de capital referido ante el Registro Público de Comercio; y asimismo acompañan facturas de compra de los equipos que involucra el referido plan de inversión, el que justificara el aumento de capital.

Manifiesta que la resolución social ya ha sido ejecutada e inscripta.

Alude a que no existen motivos graves que ameriten ordenar la suspensión de la resolución, ni peligro en la demora; y finalmente manifiesta que la decisión de suspensión de la reunión de Directorio y de la Asamblea posterior ha sido dictada extra petita.

Que solicita entonces se haga lugar al recurso y se revoque la medida cautelar. Subsidiariamente solicita se conceda el recurso de apelación, efectuando además la reserva de los recursos extraordinarios.

Que luego, a fs. 114 y por escrito que data de fecha 31 de mayo del 2017, el apoderado de la parte actora solicitó la prórroga de la medida cautelar ordenada, habida cuenta que su vencimiento operaba dicho día, pretensión que por decreto de misma fecha fue condicionada a la resolución del recurso de revocatoria (fs. 116).

Que así a fs. 117 obra la contestación de la parte accionante en relación al traslado de los recursos de revocatoria, quien se opone férreamente, y solicita sus respectivos rechazos.

En sustento de su posición afirma la verosimilitud de su derecho.

En relación al plazo de interposición, expresa que se invoca un supuesto de nulidad del acto societario, y no de caducidad de la Asamblea, citando jurisprudencia en tal sentido.

En relación a su legitimación, la justifica alegando su carácter de heredera de Omil Falcone, citando jurisprudencia que avala su posición.

Además argumenta que no se pueden desconocer las circunstancias que rodean al acto cuya nulidad se persigue, y que no responderían a un motivo real, sino a una maniobra



Poder Judicial

fraudulenta tendiente a vulnerar y afectar la participación societaria.

Manifiesta que el convenio de socios resultaría oponible a la sociedad, dado que los accionistas tendrían pleno conocimiento de él, y que tanto los accionistas como incluso la propia Sociedad dieron cumplimiento al mismo.

Argumenta una mala fe de la sociedad, abuso de derecho y clara intención de que la actora no tome conocimiento de los actos para el ejercicio de sus derechos.

Niega que la decisión de aumento de capital social responda a una necesidad genuina. Refiere a los balances y actividad de la empresa. Entiende que el análisis de inversión con el que se pretendería justificar el aumento de capital resulta parcial.

En relación a la alegada abstracción, dice que la medida peticionada es de innovar lo cual implicaría modificar el estado de situación fáctica y/o jurídica que se ha visto alterado.

Finalmente hace referencia a la oponibilidad del acuerdo a los demandados Hector Virgilio Bodetto; y asimismo a Diego Bodetto y Nestor Bodetto.

Que en consecuencia solicita se rechacen los recursos de revocatoria.

Que así las cosas, habiendo pasado los autos a resolución, la causa se encuentra en estado de ser resuelta.

CONSIDERANDO:

Que se trata en la especie de resolver los recursos de revocatoria y apelación en subsidio interpuestos por los demandados contra la Resolución Nro. 144 y su aclaratoria Nro. 146, de fechas 14 y 15 de febrero del 2017 respectivamente, por las cuales se dispone como medida cautelar la suspensión de los efectos de la Asamblea Extraordinaria de fecha 18/8/15, de la reunión de Directorio de fecha 19/8/15, y de la Asamblea Ordinaria de fecha 12/11/15, todo de la sociedad Falcone Bodetto S.A.

Liminarmente debo comenzar por considerar que la mencionada medida cautelar impugnada, ha sido dispuesta *inaudita altera pars* por un plazo temporal determinado, el cual se encuentra claramente vencido al momento del dictado de esta resolución.

Esta circunstancia no se encuentra controvertida, sino que incluso ha sido la propia parte accionante quien ha reconocido tal extremo en su pedido de prórroga de la medida cautelar (fs. 114/115) y en su pedido de dictado de esta resolución (fs. 142 vto.).

Sin perjuicio de ello, y teniendo presente que por decreto de fecha 31 de mayo del 2016 (fs. 116) se dispuso diferir el pedido de prórroga de la medida cautelar hasta el momento que la misma quede firme, corresponde resolver la vía recursiva a dichos fines.

En tren de decidir sobre dicho remedio procesal, y analizando los nuevos elementos incorporados a la causa, adelanto que le asiste razón a los demandados recurrentes.

Debo destacar que en materia de procedencia de las medidas cautelares, corresponde a los fines de su admisión constatar previamente los recaudos de

verosimilitud y peligro en la demora. La verosimilitud o humo de buen derecho implica que quien solicita el despacho cautelar acredite *prima facie* de manera sumaria que le asiste razón, y si bien no se exige certeza, sí una fuerte probabilidad de que su planteo será atendido. En relación al recaudo del peligro en la demora, la doctrina señala que el acogimiento de medidas cautelares responde a la necesidad de evitar aquellas circunstancias que, en todo o en parte, impiden o hacen más difícil o gravosa la consecución del bien pretendido (Chiovenda, “Principios de Derecho Procesal Civil”, Editorial Reus, Madrid traducción de José Casáis y Santaló, v. I, pag. 278). Así, el peligro en la demora debe considerarse acreditado cuando exista la posibilidad cierta de que la ejecución de la decisión asamblearia pueda derivar en hechos que causen un perjuicio irreparable.

Pero, además, en el ámbito del microsistema legal societario se exigen como recaudos propios: la existencia de motivos graves, que no mediere perjuicios a terceros, y que se caucionen convenientemente los eventuales daños (art. 252 L.G.S., Richard, Efraín Hugo y Muiño, Orlando Manuel, “Derecho societario”, Ed. Astrea, 1997, p.504). Esta rigurosidad para la adopción cautelar se justifica teniendo en cuenta el amplio espectro de irregularidades que posibilitan la impugnación de una decisión social.

Respecto de los motivos graves, Mascheroni y Muguillo afirman que se configurarán cuando la ejecución de la decisión impugnada resulte notoriamente nociva o peligrosa para la gestión social, o existieran dudas sobre su efectividad y, que de permitirse su ejecución, fuera imposible su retorno a la situación anterior. En punto a ello debe primar el interés social por sobre el particular del accionista impugnante (Conf. Mascheroni, Fernando y Muguillo, Roberto, “Régimen jurídico del socio”, Ed. Astrea, 1996, pag. 255).

Teniendo presente dicho marco teórico, y analizando las constancias del sub lite, se advierte que la decisión asamblearia cuestionada resulta ser la que dispuso el aumento del capital social de la firma Falcone Bodetto S.A.

Dicha decisión es cuestionada alegando por un lado los defectos de notificación en la convocatoria de Asamblea, los que encontrarían sustento en un “convenio parasocial” suscripto por algunos socios, cuya oponibilidad a la sociedad demandada se encuentra controvertida, y que como tal, lejos de vislumbrar palmariamente una verosimilitud del derecho, constituye una materia propia a dilucidar en el debate sustancial.

En ese sentido, corresponde tener presente que los acuerdos parasociales si bien han sido admitidos como válidos, no resultan en principio oponibles a la sociedad de la que participan los celebrantes (C.N.Com. Sala C, 20/10/05 in re “Costabel c/Concisa S.A.” entre otros). Es decir que la licitud de estos pactos o acuerdos parasociales, no puede determinar que se les dé prioridad a los mismos por sobre las reglas estatutarias de la sociedad.



Poder Judicial

Así entonces, la regla es la inoponibilidad de dichos acuerdos a la sociedad y otros terceros no otorgantes, sin perjuicio de que la eventual aplicación de la misma deba analizarse en cada caso en particular, a fin de no incentivar la conducta oportunista de quienes pretendan liberarse de los compromisos asumidos extra estatutariamente, pero ello tal como adelantamos, excede en el caso el debate cautelar.

Que en otro orden, dicha decisión asamblearia de aumento del capital social también ha sido cuestionada alegando la existencia de un fraude o ardid, el que habría sido efectuado con la intencionalidad de licuar la partición social de la accionante.

Sobre el punto debo destacar que en principio, la decisión de aumento de capital social resulta ser una atribución propia de cada ente societario, de naturaleza política empresaria, por la que a través de sus órganos estatutarios se disponen las medidas necesarias en aras al cumplimiento del respectivo objeto social, siendo las mismas, en principio y salvo excepción, irrevisables judicialmente (C.N.Com., Sala B 2010/15/09, “Couffignal Mariano y otro c/Sworn Collage SA y otro s/ ordinario; C.N.Com. Sala E, 06/08/2010, “Pusso Fernando Fabian c/ Urbano Express Argentina SA s/ Ordinario”, entre otros). En esa tesitura se ha sostenido incluso en nuestro fuero que “habiéndose cumplido con los requisitos legales para la realización de la asamblea y para el aumento de capital impugnados, le está vedado al tribunal examinar el aumento en sí mismo -por ejemplo: aportes bajos, innecesarios, etc.-, pues ello tiene que ver con la discrecionalidad empresaria, extremo irrevisable si no se invoca el interés social sino el interés particular de los socios” (Cam. Civil y Comercial de Rosario, sala 3, 27/02/2002 “Lentini, Osvaldo M. y otros”).

No debo soslayar que en algunas oportunidades tal mecanismo societario podría encubrir una maniobra fraudulenta o abusiva de los derechos de las minorías, supuesto en el cual se admitió como excepción la revisión judicial de dicha decisión societaria (ver C.N.Com. Sala D, “Albretch Pablo y otra c/Caquice Camping SA s/sumario”, 1/3/96, entre otros), pero sin embargo, dicha finalidad antijurídica no se presume, sino que debe ser fehacientemente invocada y acreditada en cada caso particular.

Y si bien dicha acreditación excede en principio el limitado marco de debate cautelar (en tanto atañe a cuestiones como fraude, abuso de derecho, etc.), en el sub iudice, y al sólo efecto de la medida, entiendo que el accionante no ha logrado acreditar razones que permitan inferir la insinceridad de tal decisión asamblearia, y que por el contrario, la accionada ha informado y acompañado a estos autos la descripción de numerosos actos previos a la decisión de aumento del capital en virtud de un plan de inversión previsto (actas de Directorio de fechas 4/8/14, 24/9/14,12/01/15, 3/4/15,28/5/15 y 26/6/15), así como de la integración del propio aumento, y de la posterior ejecución del plan de inversión, extremos todos que coadyuvan a justificar la necesidad de la medida.

En esa línea argumental debo destacar también que la decisión de aumento de capital se produjo con prima de emisión, recurso que impide justamente la alegada licuación de participaciones minoritarias.

En esa inteligencia, debo considerar que lejos de haberse acreditado palmariamente el necesario “humo de buen derecho” requerido como recaudo de verosimilitud para la procedencia de la medida cautelar, lo hasta aquí expuesto vislumbra la existencia de una decisión societaria que, al menos en este estadio procesal, no se muestra abiertamente contraria a derecho.

Que asimismo, y desde otro andarivel, la medida cautelar de suspensión peticionada y oportunamente conferida, también encuentra un valladar en la constatada ejecución de dicha decisión societaria.

En efecto, tal como se ha explicitado, la accionante ha acreditado la ejecución e integración del aumento del capital social, decisión que incluso ha sido inscripta en el Registro Público de Comercio, ya en fecha 17 de diciembre del 2015, es decir mucho antes del inicio de esta acción.

Dicho extremo no sólo impide fácticamente el cumplimiento de la medida de suspensión peticionada, sino que además resulta un indicio de la ausencia de motivos graves que ameriten, hoy, la resolución judicial de suspensión de la decisión cuestionada.

En ese sentido corresponde destacar que los motivos graves que tornan procedente la medida cautelar prevista en el art. 252 de la Ley 19.550 se configuran cuando la ejecución de la decisión impugnada resulte notoriamente nociva o peligrosa para la gestión social, o existieran dudas sobre su efectividad y, de permitirse su ejecución, fuera imposible su retorno a la situación anterior, debiendo primar el interés social sobre el particular del accionista impugnante, circunstancias todas que no se dan en el sub lite.

Que asimismo corresponde agregar que la doctrina y jurisprudencia son contestes en reconocer que las medidas precautorias contra las decisiones societarias, son de interpretación restrictiva.

Que en consecuencia, en mérito a lo hasta aquí expuesto, corresponde hacer lugar a los recursos de revocatoria interpuestos, revocar la medida cautelar despachada por Resolución Nro. 144 de fecha 14 de febrero del 2017, y desestimar el pedido de prórroga de la misma.

En relación a las costas, por el principio general del vencimiento las mismas serán impuestas a la parte actora (art. 251 C.P.C.C.)

Por ello, constancias de autos y normas citadas;

RESUELVO:

I) Hacer lugar a los recursos de revocatoria interpuestos y, en consecuencia, revocar la medida cautelar despachada por resolución n° 144/17, y desestimar el pedido de prórroga



Poder Judicial

de la misma.

II) Imponer las costas a la actora vencida.

Regístrese, agréguese copia al expediente y notifíquese personalmente o por cédula.

VIVIANA MÓNICA GUIDA
Secretaria subrogante
Juzgado de Primera Instancia
de Distrito en lo Civil y Comercial
de la 9ª Nominación de Rosario

GABRIEL OSCAR ABAD
Juez de Primera Instancia
de Distrito en lo Civil y Comercial
de la 9ª Nominación de Rosario