

TSJ Córdoba –Sala Civ., Sent. N.º 26, 12/06/2024, "Ocampo, Martín Guillermo c/ Exstein, Daniel Alberto – Societario Contencioso – Acción Individual de Responsabilidad (art. 279 L.S.) – Recurso de Casación"

[...] Primera cuestión: ¿Es procedente el recurso de casación?

Segunda cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada, la señora Vocal, doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

I. La parte actora -mediante su apoderado, Dr. Flavio Orlando Ruzzon- articula recurso de casación en autos: “Ocampo, Martín Guillermo c/ Exstein, Daniel Alberto – Societario Contencioso – Acción Individual de Responsabilidad (art. 279 L.S.) – Recurso de Casación” (Expte. N° 5781400), contra la Sentencia número noventa y cinco de fecha veintinueve de octubre de 2021, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Novena Nominación de esta ciudad, con fundamento en las causales previstas por el inciso 1º del art. 383, CPCC.

En Sede de grado, la impugnación fue sustanciada conforme el trámite establecido en el art. 386 del mismo cuerpo legal, corriéndose traslado al demandado, el que fue evacuado por su apoderado -Dr. Carlos Eduardo Guevara-, según surge de las constancias del SACM del 07/12/2021. Mediante el Auto número ciento cuarenta y cinco del ocho de junio de 2022, el Tribunal de Alzada concedió la impugnación extraordinaria de que se trata.

Elevadas las presentes actuaciones, dictado y firme el decreto de autos (7/9/2022), queda la causa en condiciones de ser resuelta.

II. El memorial de casación presentado ante esta sede se resume así: Inicialmente, el recurrente comienza destacando que la intervención de la Cámara de Apelaciones en la sentencia de reenvío obedeció a la anulación total, y no parcial, que realizara el Tribunal Superior de Justicia respecto de la resolución dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Segunda Nominación.

Sostiene, en ese sentido, que resulta necesario examinar si las directrices señaladas por este Alto Cuerpo en la anulación fueron -o no- atendidas por el tribunal que proveyó en el reenvío.

Considera que la resolución dictada carece de fundamentación lógica y legal, viola el principio de razón suficiente e incurre en incongruencia.

Explica que, siguiendo los lineamientos sentados por este Alto cuerpo, los jueces debieron dar respuesta a los agravios expuestos en apelación; entre los cuales detalla la aplicación de una serie de artículos de la Ley de Sociedades y el art. 160 del Código Civil y Comercial. Manifiesta que tal cuestión debió ser analizada por haber sido expresamente introducida en el escrito de expresión de agravios y tratarse de una trascendental reforma que introdujo la nueva ley.

Predica que se trata de una norma interpretativa del derecho anterior vigente respecto de la reparación del daño producido al socio en el ámbito de la sociedad. Insiste en que el art. 160 del CCC aclara la interpretación que corresponde respecto de los arts. 274 y 279 de la Ley General de Sociedades, y argumenta que su utilización no viola la irretroactividad de las leyes.

Considera dogmático lo afirmado por el vocal de primer voto en torno a que no es del caso ingresar a lo dispuesto por el CCC, con fundamento en que la responsabilidad que se persigue fue reclamada antes de dicha reforma, desechando su aplicación a la causa.

Advierte que el segundo voto de la mayoría ingresa en contradicción respecto del primero,

pues –explica- acude a los artículos 1719 y 1729 del actual Código Civil y Comercial para achacar al actor inactividad y la propia culpa. Refiere que se pretende culpar al actor por el vaciamiento de la empresa, pese a que –aclara- por ello está imputado y procesado el demandado en sede penal. Puntualiza que la supuesta inactividad del demandado esgrimida por la Segunda Vocal no ha sido alegado por el accionado, ni integró la litis.

Sobre esta base juzga también configurado el vicio de incongruencia por haberse fallado invocando circunstancias que no fueron introducidas por las partes; en cuyo sustento cita doctrina _____ y _____ jurisprudencia.

Luego de reproducir extensamente algunos considerandos de la sentencia, sostiene que el desvío del razonamiento radica en que, empleando la doctrina allí citada, se concluye que el vaciamiento de la empresa importa un daño directo en el patrimonio del accionista. Remarca que este es acreedor de la cuota parte de la liquidación de la sociedad y acreedor de los dividendos. Enfatiza que no estamos en un supuesto de aumento de capital o de un mal negocio, sino de la desaparición de la empresa y, por ende, de los derechos que tiene el actor a cobrar su cuota parte en la liquidación o los derechos a los dividendos.

Añade que en el escrito de expresión de agravios expuso el tema de la privación del dividendo como daño directo en el patrimonio del accionista, y que dicho aspecto no fue tenido en cuenta por el tribunal de grado, privándose a su parte el derecho de conocer el motivo por el cual la privación del dividendo no constituye un daño directo en su patrimonio.

Relata que tampoco se trató la privación del derecho a la cuota parte en la liquidación de la sociedad, que también fuera invocada como daño directo. Manifiesta que no existen dudas de que la sociedad dejó de explotar una empresa y que solamente quedó una mera silueta sin contenido.

Invoca en su favor el principio iura novit curia, en cuya virtud solicita que se tenga en cuenta la responsabilidad directa ante el accionista, no solo por aplicación de los artículos 274 a 279 de la Ley General de Sociedades, sino también el art. 99 que instituye la responsabilidad de

los administradores por la disolución de la sociedad que –dice- el demandado provocó.

Insiste que el art. 160 del CCC instituye una acción directa del miembro de una sociedad contra el administrador, sin ningún tipo de cortapisa previa, y reitera que se trata de una norma de carácter interpretativo que debe ser utilizada para desentrañar el sentido y alcance de los artículos 274 y 279 de la Ley de Sociedades.

Argumenta que no es la sociedad la que sufrió los perjuicios, sino el socio que realizó todos sus aportes y esfuerzos para la pervivencia de la empresa.

Considera que la solución dada por el primer opinante es errada porque parte de premisas dogmáticas; que no explica qué considera que es el daño reflejo ni el directo, ni por qué en este particular caso de vaciamiento de empresa de una sociedad donde existen solamente dos socios, la única supuestamente perjudicada es la persona jurídica, el ente, que integran solamente estos dos accionistas. Por otra parte, expone que el vocal de primer voto no niega la existencia de vaciamiento de la sociedad; y asevera que este voto no es coincidente con el segundo voto que conforma mayoría, porque este refiere a la mera negligencia.

Luego de transcribir algunos considerandos del fallo, destacando los argumentos dados por cada vocal, denuncia que la resolución viola el régimen de mayorías instituido en el art. 382 del CPCC.

En capítulo aparte, arguye que el órgano jurisdiccional incurrió en un desvío en el razonamiento seguido en la apreciación de la prueba, pues tanto el Fiscal de instrucción como la Cámara de acusación han mantenido la calificación legal de vaciamiento de la empresa. Afirma que no puede alegarse que el hecho no existió dado que, si así hubiese sido, el acusado habría sido sobreseído.

Por último, reproduce in extenso el requerimiento de elevación a juicio dictado en sede penal, tras lo cual denuncia que el plexo probatorio allí indicado no fue analizado, pese a que -en su opinión- este demuestra el vaciamiento de la empresa y fue introducido como prueba en la

presente

causa.

III. Ingresando al examen de las censuras que se acaban de reseñar, lo primero que debemos señalar es que asiste razón al casacionista cuando pone de resalto que este Tribunal Superior, en su anterior intervención en estos obrados, dispuso la total -y no parcial- anulación de la sentencia dictada por la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial.

En efecto, se equivoca el tribunal a quo cuando considera que tanto la ley aplicable y cuanto la interpretación efectuada por la Cámara que intervino en el primer juzgamiento habrían quedado “firmes” y “consentidas” ante la falta de impugnación.

Cabe conceder que los votos que conforman mayoría pudieron malinterpretar el alcance del fallo dictado por este Alto Cuerpo. Ello pudo suceder porque en la fase inicial del razonamiento se desechó el reproche que acusaba falta de fundamentación legal.

Sin embargo, la parte dispositiva es clara cuando dispone la anulación sin ninguna cortapisa. Además, la simple lectura del considerando pertinente ilustra que la falta de fundamentación legal se desestimó en la inteligencia de que recurso articulado por la vía del inciso 1° del art. 383 del CPC, cuando alude a la “falta de fundamentación legal” constituye también causal de índole formal que se traduce en la necesidad de que la decisión se funde en la ley, pero no autoriza a revisar el sentido y alcance que corresponde asignar al art. 279 de la Ley de Sociedades. Así fue resuelto en el decisorio al predicar “no habilita su revisión por la causal formal invocada” (vide considerando VI de la sentencia).

Dicho en otros términos, el hecho de que no sea posible habilitar la revisión de los fundamentos por razones formales no implica, en modo alguno, que este Tribunal comparta en lo sustancial las razones dadas por la Cámara.

Debemos enfatizar que en ningún momento este Alto Cuerpo se pronunció acerca del acierto o error del criterio jurídico sustancial que diera sustento a la solución predisuelta por el primer tribunal de alzada. Tampoco existe argumento alguno en la sentencia del que pueda

inferirse la coincidencia con el temperamento adoptado en aquel primer decisorio; ni menos aún que de las consideraciones desarrolladas en el fallo dictado por este Tribunal Superior pueda colegirse que la calificación jurídica de los hechos dispuesta en la resolución anulada haya quedado “firme y consentida”.

Adviértase que jamás podría predicarse la aludida firmeza derivada de falta de impugnación por parte del interesado, ya que habiéndose dispuesto la nulidad de la sentencia, la solución jurisdiccional emanada de este Tribunal le resultó enteramente favorable y, por ende, no tenía agravio para recurrirla (arg. art. 356 CPC).

En suma, no es cierto que este Alto Cuerpo haya avalado o de algún modo confirmado la hermenéutica legal adoptada por la Cámara de Apelaciones en el resolutorio anulado.

IV. Lo expuesto adquiere trascendental relevancia en orden a acoger el recurso de casación articulado en esta oportunidad por el actor, ya que -como se verá- la motivación que exhiben los votos que integran la mayoría parten de una premisa equivocada en torno a la materia discusoria llevada a conocimiento del reenvío, y como derivación de ello, no se cumplen adecuadamente las exigencias de motivación impuestas a los tribunales, en especial cuando -como en este caso- la voluntad jurisdiccional se nutre de votos disidentes.

Doy razones.

V. a) La lectura de la sentencia dictada en el reenvío trasluce que el primer Vocal opinante, tras señalar la aludida -y errónea- firmeza del encuadre jurídico delineado en la sentencia que fue objeto de anulación, desarrolla una serie de argumentos vinculados a las acciones que regulan los artículos 274 a 279 de la Ley de Sociedades Comerciales, destinadas a encauzar el reclamo de los daños en contra de los administradores.

En esa tarea, y luego de precisar el alcance y sentido que les atribuye a dichos preceptos, citando a tal fin las dos posturas que existen en la doctrina sobre la temática llevada a su conocimiento, concluyó -siguiendo jurisprudencia coincidente- que el socio puede promover

acción individual sólo cuando haya sufrido un daño directo.

Siguiendo ese razonamiento, analiza la pretensión introducida por el actor, y afirma que en la demanda solicitó ser resarcido del perjuicio ocasionado a la sociedad por el administrador que lo afecta de manera directa; y añade que en la apelación el interesado refiere que no hay distinción entre daño directo e indirecto.

Luego de examinar la prueba, analizó los agravios desarrollados en la apelación; actividad en la que distinguió los daños sufridos por la empresa que –explica- es un sujeto de derecho diferente al socio, y consideró que el vaciamiento de la empresa esgrimido por el demandante provoca sólo una afectación indirecta o refleja en el patrimonio de los socios, porque la obtención del beneficio por la sociedad genera sólo un derecho en expectativa para el socio y no, en cambio, un derecho adquirido.

En ese sentido, e inclinándose por lo que describe como doctrina mayoritaria, interpretó que si se pretende el reintegro de los bienes o la recomposición del patrimonio social, sólo tiene legitimación para accionar la sociedad o el socio previo cumplimiento de los pasos fijados en la Ley de Sociedades, mediante la denominada acción social. Y que, en cambio, mediante la acción individual el socio puede exigir exclusivamente el resarcimiento del daño directo.

Concluyó que, no habiéndose demostrado daño directo, corresponde rechazar la apelación.

V. b) A la solución dada por el Dr. Arrambide se opuso, en voto disidente, la Dra. Molina de Caminal, quien inició su razonamiento advirtiendo que se enrola en una posición jurídica diferente.

En ese orden, luego de un puntilloso examen de los antecedentes fácticos que rodean el caso y ponderando en particular que se trata de una sociedad formada por dos integrantes, uno de los cuales fue cuestionado por mal desempeño en el cargo de administrador, la Magistrada se pregunta la incidencia que podría tener exigirle el cumplimiento de los requisitos formales previos que contempla el ordenamiento para la promoción de la acción. Y en respuesta a ello

entendió que, dadas las particularidades del caso, deviene innecesario pretender que el socio damnificado convoque a una asamblea donde el otro socio, despojante del patrimonio social, seguramente permanecerá renuente. A la vez, estimó que resulta difícil colegir que el socio dueño del 50% del paquete accionario en el momento inicial, y del 90% con posterioridad, no vea afectado al mismo tiempo sus propios intereses personales.

Basándose en tales premisas, consideró que la superposición de intereses entre ambas esferas jurídicas (la personal del socio y la del ente) justifica una mirada distinta, lo que determina – según su criterio- que la entidad del perjuicio generada por el vaciamiento del patrimonio social no pueda opacar los daños patrimoniales del accionista, impidiéndole esgrimir su perjuicio y solicitar el resarcimiento de parte del autor del daño.

Siguiendo esas ideas, coincidió con la doctrina especializada que entiende, bien que en posición minoritaria, que el art. 279 de la Ley de Sociedades no contempla distinciones ni brinda pauta alguna para exigir requisitos que no surgen implícita o explícitamente del ordenamiento legal. Citando a Nissen, predica que cuando el art. 279 LGS refiere que los accionistas “conservan siempre” sus acciones individuales contra los directores, significa que no necesariamente deben promover con prioridad, a la acción individual, la social tendiente a recomponer el patrimonio social para, indirectamente, beneficiar el propio.

En definitiva, sostuvo que ante esta situación excepcional no cabe la aplicación dogmática de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que admite la acción individual sólo cuando se ha producido un perjuicio personal y directo -en este caso- al accionista. Entendió que si bien la desposesión patrimonial es de la persona jurídica, el actuar ilícito del administrador sí afectó simultánea y directamente la esfera jurídica personal del socio accionista ante el vaciamiento. Situación que, en la inteligencia propiciada por la Vocal disidente, permite asimilar el daño padecido por el socio, al daño directo exigido por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

Desde ese atalaya, y tras un pormenorizado estudio de las constancias obrantes en la causa, consideró demostrado el obrar doloso del demandado en cuanto disponía de los bienes sociales como si fueren propios, hasta llegar al vaciamiento del patrimonio social; así como

los daños sufridos por el actor de este juicio.

V. c) Así planteada la disidencia entre ambos magistrados, y siendo que en definitiva el punto central de la discusión radicaba en el enfoque jurídico que se adoptara acerca del alcance de la acción de responsabilidad promovida por el socio contra al administrador de la persona jurídica por mal desempeño en sus funciones y los presupuestos a los que la Ley de Sociedades condiciona su viabilidad, el debido cumplimiento del art. 382 del CPC imponía a la tercera opinante el deber de tratar en lo sustancial los aspectos nucleares sobre los que recaía la discordancia.

Más precisamente, se trataba de desentrañar si el socio estaba legitimado, o no, para reclamar los daños sufridos en su patrimonio; y en su caso, qué acción tenía y qué clase de daños podía requerir; esto es, si sólo el resarcimiento de los daños directos, o en su caso, los reflejos derivados del detrimento sufrido por el ente societario.

Tal cuestión preliminar debía ser abordada por el tercer voto, no sólo por el modo como fue resuelto por los magistrados preopinantes, sino porque constituye la piedra basal del análisis de la responsabilidad civil ventilada en autos, en el marco de la acción societaria planteada.

V. d) Dicho esto, la serena consulta del razonamiento seguido por la Sra. Magistrada que emitió el tercer voto destinado a formar mayoría -se aclara, es el segundo voto en el orden dispuesto en el resolutorio atacado- no satisface las exigencias impuestas por el artículo 382 del CPCC.

Obsérvese que primeramente reseñó la materia puesta en debate; luego relató la posición adoptada por el Dr. Arrambide –autor del primer voto-, respecto de la cual admitió que la distinción entre daño directo e indirecto es sutil porque cuando el daño es provocado al patrimonio social también afecta al patrimonio del socio, en tanto su participación societaria pierde valor. Seguidamente refirió a la posición que sobre el particular sostiene la doctrina minoritaria, e indica que esa es la asumida como correcta por la segunda opinante en voto disidente.

Y luego de ello, sin asumir ninguna definición en punto al debate nuclear que provocó la disidencia, viró su mirada a otro aspecto de la responsabilidad civil. Proclamó que la solución del caso debía buscarse en el análisis de la conducta del socio demandante; a quien atribuyó un obrar omisivo por haberse desentendido del devenir social sin que mediaran graves obstáculos o conducta aviesa del accionado que obstaculizara sus derechos, o bien que demostrare que estructuró un esquema de funcionamiento para perjudicarlo de modo grave en el ejercicio de aquellos derechos que le corresponden como socio.

Cabe admitir que a continuación hace una genérica referencia a las dos acciones que contempla la ley, pero ninguna definición vierte a su respecto, sino que le reprocha no haber promovido la acción social que el ordenamiento predispone, juzgando a partir de ello que su conducta contribuyó causalmente al resultado dañoso cuya reparación pretende.

Fue a partir de ese juicio preliminar que consideró trascendental determinar si, en el contexto de los hechos acreditados y debatidos, era posible obviar la imputación única y exclusiva a la sociedad de los actos del administrador Exstein para atribuírselos exclusivamente a él mismo.

Y en sus siguientes argumentos incurre en el mismo error al que hicimos referencia supra en torno a los límites que -según su interpretación- venían impuestos por la sentencia dictada por este Alto Cuerpo en su anterior intervención.

Corresponde insistir, a esta altura, que no es cierto que en la resolución que acoge el recurso de casación otrora planteado por el actor haya quedado firme el criterio jurídico sustancial que presidió la decisión adoptada por la Cámara Segunda en lo Civil y Comercial en torno a la calificación jurídica de la acción entablada y los requisitos que condicionan la procedencia del resarcimiento pedido en autos. La improcedencia del reproche que denunciaba la falta de fundamentación legal no limita ni enflaquece la declaración de nulidad de la primera sentencia de apelación.

Retomando el análisis del tercer voto, se advierte sin dificultad que las restantes premisas que componen el razonamiento se vinculan a la conducta desplegada por el socio demandante, y procura justificar que no se verifican en el caso actos relacionados al vaciamiento de la empresa denunciados por Ocampo en la demanda.

Ciertamente en este último aspecto tampoco coinciden los votos que integran la mayoría, desde que la argumentación sentencial desarrollada por el primer opinante no se detiene en dicho análisis, sino –como se dijo- en la discusión relativa a la calificación jurídica del daño –directo o reflejo- cuya reparación se persigue en la demanda por medio de la acción individual.

Finalmente, no se me escapa que el Dr. Arrambide, en su discurso, desliza una tangencial mención acerca de la eximente aludida por la Dra. Puga. En efecto, en el capítulo “V” advirtió que Ocampo era socio y tenía responsabilidad en la conducción de la sociedad, tras lo cual recordó que el art. 1111 del C Civil establece que los daños sufridos por el hecho del damnificado no generan responsabilidad o que puede ser limitada por su propia conducta. Empero, a continuación el Magistrado sostuvo que “de todos modos, no se acreditó el perjuicio directo”, llevando nuevamente el razonamiento al eje que preside su decisión.

VI. Pues bien, a mérito de las consideraciones que anteceden, soy de la opinión que aun cuando no pueda predicarse que la sentencia carezca de todo fundamento, lo cierto y real es que la motivación desarrollada por los magistrados intervinientes parte de una equivocada noción de lo que constituía la materia sobre la que debía expedirse el tribunal en ocasión de juzgar en el reenvío; y además, los votos que integran la mayoría no resultan coincidentes en los puntos neurálgicos llevados a su conocimiento.

Esta Sala ha sostenido que la necesidad de contar con el voto individual y fundado de todas las cuestiones, y sin perjuicio de la alternativa legal de formular adhesión, reposa en la garantía de raigambre constitucional (art. 155, Constitución Provincial) consistente en que cada magistrado intervenga en el accertamiento final de la controversia y motive su voto; formalidad que se acata ya sea mediante una remisión elusiva de repeticiones innecesarias y

redundantes en los supuestos de consenso unánime respecto a la solución a pronunciarse, o bien por mayoría de opiniones formadoras de la motivación de la sentencia. En este último supuesto, resultará obligatorio e ineludible que cada uno de los votos contenga sus propios fundamentos, bajo conminación de nulidad del resolutorio por falta de fundamentación de conformidad a la norma constitucional aludida.

Tal exigencia responde al derecho que asiste a las partes -especialmente aquella cuya pretensión no ha encontrado tutela en el proveimiento del juzgador- de conocer los motivos determinantes de la decisión a fin de que el fallo no derive de la simple voluntad huérfana de basamento fáctico o normativo. (Confr. T.S.J. Sala Civ. y Com., Sent. n° 137/10, n° 168/12, y más recientemente Sent. n° 93/14).

Los defectos lógicos aludidos, y la falta de coincidencia entre los votos que conforman mayoría en torno al encuadre normativo y al derecho aplicable al caso, quiebran por la base la estructura fundante del pronunciamiento.

En resumen, se ha privado al actor del derecho de conocer las razones por las que su pretensión de verdad no ha merecido resultado favorable; motivo por el cual no cabe más que acoger el recurso de casación planteado por el motivo del inciso 1° del art. 383 del CPC, y anular el resolutorio dictado en todas sus partes.

Así voto.

A la primera cuestión planteada, el señor Vocal, doctor Domingo Juan Sesín, dijo:

Adhiero a los fundamentos brindados por la Señora Vocal María Marta Cáceres de Bollati. Por ello, compartiéndolos, voto en igual sentido a la primera cuestión planteada.

A la primera cuestión planteada, el señor Vocal, doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

Comparto las consideraciones expuestas por la Señora Vocal del primer voto y me expido en idéntico sentido a la primera cuestión planteada. Así voto.

A la segunda cuestión planteada, la señora Vocal, doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

A mérito de la respuesta dada al primer interrogante propongo:

I. Acoger el recurso de casación articulado por el motivo del inciso 1° del art. 383 del CPC, disponiendo la nulidad de la sentencia número 95 de fecha 29 de octubre del año 2021 dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Novena Nominación de esta Ciudad, con costas al vencido (arg. art. 130 CPC).

II. A fin de evitar el dispendio de una nueva etapa procesal, y dado que la sentencia rescindida había sido dictada en instancia de reenvío, estimo procedente que la Sala asuma la competencia de Grado, dejando definitivamente resuelta la causa en esta oportunidad (arg. art. 390, CPC).

III. Reseña de los antecedentes del caso:

Con el objetivo de brindar mayor claridad expositiva al pronunciamiento, estimo útil reseñar los antecedentes del caso.

El actor, en su calidad de accionista de una sociedad anónima (Foster SA) promueve acción individual de daños en contra del administrador de la aludida firma, solicitando que se lo condene a pagar el resarcimiento de los perjuicios patrimoniales que alega padecidos con

motivo de la conducta antijurídica que le atribuye al accionado; a raíz de la sustracción de los bienes de la sociedad, la extinción de la empresa que explotaba la sociedad y la extinción fáctica del ente con incidencia directa en su patrimonio.

Pide, en esa oportunidad, que la determinación del monto del perjuicio sea establecida por la vía que contempla el art. 812 del CPC, en la etapa de ejecución de sentencia; no obstante lo cual estima provisoriamente la cuantía en la suma de \$1.200.000.

En sustento del reclamo relata la sucesión de hechos que acontecieron desde la creación de la sociedad y hasta su completo vaciamiento –según dice– por el obrar del administrador demandado.

El demandado se defiende mediante el escrito obrante a fs. 585/591, a través del cual niega los hechos narrados, ofrece su propio relato de lo acontecido, y objeta la procedencia de la acción en base a la distinción entre las diferentes vías que contempla la ley de sociedades en los artículos 274 a 279. Acusa, asimismo, que la demanda carece de precisión en torno a la reparación de los daños pretendidos y que tampoco se individualiza en que consistirían los vicios en la administración por los que pretende ser resarcido, motivo por el cual postula que no corresponde su diferimiento a la etapa de ejecución. Solicita, en definitiva, el rechazo de la demanda.

Luego de ofrecida y diligenciada la prueba que obra en autos, se presentan los alegatos. El Sr. Juez de Primera Instancia y 52° Nominación en lo Civil y Comercial de esta Ciudad dicta la sentencia número 3 el día 6 de febrero de 2019 que dispone el rechazo de la acción intentada.

Contra esa providencia interpuso recurso de apelación el actor; el cual fue concedido por el magistrado interviniente.

Radicado el expediente en la Alzada, el impugnante expresó agravios, los que obran en el expediente papel a fs. 2538/2570. La contraria, a través de su apoderado, presentó el escrito

de responde (fs. 2572/2576 vta.).

IV. Agravios de apelación:

La expresión de agravios presentada por la actora se resume así:

a) En primer lugar expone que el fallo exhibe una aparente adhesión a un parecer doctrinario y jurisprudencial, pero sostiene que soslaya el análisis de prueba dirimente para realizar una interpretación de derecho disvaliosa. Reconoce que la doctrina distingue entre daños directos e indirectos, pero alega que ello es erróneo porque no surge de ninguna norma que integre el ordenamiento jurídico societario, y porque restringe o impide la promoción de acciones individuales de responsabilidad, permitiendo la impunidad de las desviaciones en el ejercicio de las tareas de administración societaria. Añade que dicha hermenéutica también genera la ruptura del sistema de responsabilidad de los administradores societarios en dos regímenes diversos, uno para las sociedades anónimas y otro para el resto.

Argumenta que todo socio que sufre un perjuicio en su patrimonio puede demandar a los administradores que lo hubieren provocado, y puede hacerlo cualquiera sea la especie de daño experimentado, incluso cuando el mismo sólo consista en la disminución del valor de la participación societaria, que –aclara- en el caso importó la desaparición de la sociedad y la pérdida total de la participación societaria, su valor, y su eventual rentabilidad.

b) Detalla a continuación los diferentes caminos que el ordenamiento jurídico predispone; las acciones sociales y las individuales de responsabilidad. Insiste que la distinción entre daños directos e indirectos propuesta por la doctrina trae como consecuencia restringir el reclamo y, en algunos casos, enervar la viabilidad de las acciones individuales de responsabilidad.

Destaca que la norma ni siquiera menciona la existencia de la anunciada distinción y afirma que ante el silencio del legislador, el principio latino “ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus” obliga a no distinguir donde la ley no lo hace.

Explica el contexto histórico en el que se dictó la ley 19.550 y su evolución; a mérito de lo cual descalifica mantener una interpretación de la ley que -dice- ha sido superada.

Remarca que al reducir sustancialmente la posibilidad de reclamar la reparación derivada de la irregular gestión de los administradores, los socios quedan desprotegidos de sus abusos. Alega que en la práctica se observa que quienes controlan la sociedad obstaculizan los trámites mediante diferentes mecanismos. Cita doctrina que favorece su posición.

c) En capítulo aparte, sostiene que contrariamente a lo expresado en la sentencia, sí ha sido acreditado en autos, a través de la prueba colectada, el daño total y directo sufrido en el patrimonio del actor.

Esgrime, en ese sentido, que la desaparición o extinción de la sociedad en todos sus aspectos, funcionales y económicos, impacta directamente en los derechos del accionista. Alude a la lesión en el patrimonio del accionista afectado por el obrar del director, y recuerda que el patrimonio se caracteriza por ser una universalidad jurídica. Refiere que los diferentes bienes que lo componen pueden variar, pero la universalidad continúa siendo la misma, motivo por el cual -explica- frente a la pérdida total de los derechos que posee en la sociedad, los debe reemplazar la justa indemnización de los daños sufridos.

Insiste que no se trata de una disminución del valor de la participación societaria, sino de la desaparición de todo el valor de la participación societaria y la extirpación de todos los derechos que poseía en la sociedad, provocadas por la conducta dolosa del demandado.

d) Manifiesta que tanto en el Código Civil de Vélez cuanto en el actual Código Civil y Comercial se tuteló el perjuicio directo y el indirecto, y que tal cuestión no tiene controversia alguna. Interpreta que dicha tutela amplia repercute en el ordenamiento societario; en particular en el art. 279 que no contiene ningún tipo de limitación.

Considera, asimismo, que el obrar del demandado viola el art. 54 de la Ley de Sociedades,

lo cual -según su criterio- importa aplicar el art. 59 ya que al haber extinguido dolosamente todo el activo de la sociedad, cercenó todos los derechos del actor, no pudiendo hablarse de responsabilidad indirecta sino de un impacto directo y total sobre los derechos que integran su patrimonio.

Por otra parte, agrega que el accionado ha vulnerado la ley, el estatuto, y todas las normas que instituyen el resarcimiento de daños.

En ese sentido, sostiene que la sentencia dictada por el Juez, cuando comienza a analizar los presupuestos que condicionan la acción de responsabilidad, señala que el actor es propietario del 90% del paquete accionario, habiendo adquirido en pública subasta las acciones del demandado Exstein, y luego transferido una parte de las acciones a los fines de que no se produzca la situación prevista por el art. 94 inc. de la LGS.

Expone que, luego, tal argumento le sirve al Juez para sostener que no se configura el abuso de mayorías; infiriendo de ello que el actor pudo intentar la acción social por daños indirectos, con las formalidades requeridas por el ordenamiento.

Afirma que, en realidad, desde el año 2008 y hasta el 2011 Exstein poseía el 50% del paquete accionario y que, a su vez, era el presidente, director titular y administrador, con la posibilidad de firmar los cheques. Hace hincapié en que fue en ese lapso de tiempo que sucedieron los hechos descriptos y probados. Añade que ante el reclamo efectuado por su parte a los fines de hacer un informe de gestión y llevar en legal forma los libros, Exstein accede a realizar una auditoría interna en la que se evidencian irregularidades, reconociendo Exstein retiros de dinero en concepto de adelanto de sueldo para uso personal; deuda de la que -aclara- reconoció el 10% logrando que firmara un pagaré. Insiste que luego sucedieron otros hechos como la venta o transferencia de propiedades, departamentos recibidos en pago, compra de máquinas sin registro y negando luego la operación; y que en el mes de setiembre de 2011 levanta de forma repentina la empresa física, llevándose el lote total de maquinarias, materias prima y equipamiento, de manera oculta y sin comunicar en ningún momento los motivos ni el destino de los bienes.

Concluye que hubo un apropiamiento de la sociedad en forma delictiva, produciendo un daño directo en el patrimonio del socio.

e) Luego de reseñar algunos argumentos de la sentencia de primer grado, advierte que no se tuvo en cuenta lo que tuvo por acreditado el Fiscal de Instrucción en el requerimiento de elevación de la causa a juicio tramitada en sede penal, por el que se acusa a Exstein de haber cometido el delito de defraudación por vaciamiento de empresa en carácter de autor. Reproduce dicho acto procesal; y alude al auto dictado por el Juez de Control en lo Penal Económico que desestima la oposición que articulara el imputado, y a la resolución ratificatoria dictada por la Cámara de Acusación.

Cuestiona que, pese a que todas estas actuaciones han sido incorporadas a la presente causa, el juez en lo comercial no asignó ninguna trascendencia. Manifiesta que la vulneración de los derechos sufrida por el actor se inscribe en lo que la doctrina denomina como un daño directo; en particular que no se llevó contabilidad, que no se realizaron balances, que no existió distribución de utilidad alguna, que no hubo convocatoria a asamblea para tratar balances o su no realización, que se transfirió el activo de la sociedad a otra persona jurídica conformada por testaferros del demandado, que se aniquiló la sociedad como empresa haciéndole perder todo el aporte realizado por el actor, que se perdió por completo el activo y se esfumó la posible cuota de liquidación que hubiere correspondido al accionante.

Refiere que cuando se realizó la pericia contable, quien tenía todos los elementos para hacerla no le suministró la información al experto, impidiéndole conocer la contabilidad de la sociedad, el inventario de bienes, su ubicación, los movimientos bancarios, etc. Asevera que esta conducta obstruccionista del demandado no se tuvo en cuenta en la sentencia, lo que – dice- genera un premio a la hipocresía. Destaca que, aun así, pudo conocerse parcialmente ello por la investigación realizada por el fiscal, incorporada a estos autos como prueba incontrovertida.

Pondera las declaraciones de los testigos Hernández, Lascano Oliva, Córdoba, Villalba,

Heredia, Marchesini, Simeoni y Valdesolo; respecto de los cuales afirma que ratificaron el testimonio prestado en sede penal y ampliaron algunos conceptos en orden al manejo omnímodo de la sociedad que tenía el accionado, así como la realización de maniobras catalogadas como fraudulentas por la justicia del crimen.

Finaliza su impugnación señalando que por cualquier vía que se lo analice, se llega a la conclusión de que el actor tenía derecho a promover la acción individual de responsabilidad porque lo autoriza la ley societaria y porque el código civil anterior y actual lo avalan plenamente.

V. Tratamiento de los agravios.

En cumplimiento de esa tarea, y luego de un profundo análisis del caso traído a juzgamiento a luz de las probanzas arrimadas a la causa, anticipo que la impugnación debe prosperar.

VI. En pocas palabras, el actor alega que la estructura formal que brinda la persona jurídica habría sido utilizada abusivamente por el presidente de la sociedad -demandado- en su beneficio personal, y en detrimento del patrimonio del otro socio -actor-; y basa en ello la pretensión resarcitoria.

Enmarcados esos hechos en la Ley General de Sociedades, se advierte que el artículo 59 hace recaer sobre los directores la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión, a partir de la obligación que tienen de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios; añadiendo, en el caso de las sociedades anónimas, los supuestos de violación de la ley, estatuto o reglamento, y cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Veamos, ante todo, si los hechos enrostrados al demandado en el marco de su gestión han sido demostrados.

VI. a) En primer lugar, la existencia de la sociedad y su constitución en el año 2006 fueron

acreditadas con los instrumentos obrantes a fs. 41 a 45, y 1858 a 1871. También a partir de tales elementos tengo por probados los aportes que cada uno de los socios hizo y la distribución de las acciones en un 50% a cada uno, al igual que el hecho de que el directorio haya estado a cargo del Sr. Sánchez en la etapa inicial, habiendo pasado a manos del demandado Exstein a partir del 1 de diciembre de 2008. Este quedó a cargo de la administración y presidencia del directorio (fs. 1806) durante el período en el que se le enrostra la actividad ilícita generadora del daño.

El crecimiento económico y la prosperidad de la empresa en la etapa inicial surge demostrado con los diferentes contratos de locación de obra que dan cuenta de la importante actividad desarrollada a escala en la fabricación e instalación de mobiliario y puertas placa en un número considerable de obras y edificios (fs. 432 a 446 y 452 a 484).

Por otra parte, entre la profusa documental e instrumental glosada en el expediente, encontramos las actas del directorio de Foster SA, de las que se extrae que la empresa tuvo un desenvolvimiento normal desde el punto de vista societario hasta que, el 1 de diciembre de 2008, asume como administrador y presidente del directorio el Sr. Daniel Alberto Exstein (fs. 1806 y vuelta). Luego de ello, comenzaron los inconvenientes e irregularidades en la sociedad, encontrándose demostrado en la causa penal aportada como prueba trasladada que Exstein actuaba como titular exclusivo de la sociedad.

Las diferencias personales y económicas entre los socios se desprende en forma diáfana a partir de la suscripción del pagaré por valor de \$ 70.000 por parte de Exstein a favor de Ocampo en el mes de octubre de 2010; lo que derivó en la ejecución judicial que concluyó con la compra en subasta pública de las acciones de las que fuera titular el demandado, adquiridas por el actor ante la falta de postores.

Asimismo, la instrumental obrante a fs. 31 y siguientes da cuenta de que Ocampo se vio obligado a promover acción de exhibición de libros en ejercicio del derecho de información que prescribe el art. 55 de la Ley 19.550 (expte. 2131673/36, actual 5439022); lo que patentiza no sólo la existencia de una mala relación entre los únicos dos integrantes del ente,

sino también el incumplimiento de los deberes impuestos por la ley por parte de quien tenía a su cargo la administración.

Estimo necesario destacar que si bien esa demanda data de febrero del año 2011, la problemática había comenzado con antelación, lo que queda demostrado con las actas notariales (la primera data del 6 de octubre de 2010) y cartas documento que la precedieron y que fueron especialmente valoradas por la jueza interviniente en la sentencia que hace lugar al reclamo de exhibición de libros (fs. 55 a 59).

En el marco de dicha causa, se comisionó a la escribana Bertilotti a constatar el cumplimiento por parte del presidente del directorio de Foster SA, Sr. Daniel Alberto Exstein, la orden judicial de exhibir los libros. Ello fue llevado a cabo el 24 de febrero de 2011 con el resultado que da cuenta el acta obrante a fs. 1826/1828.

Del mencionado instrumento se extrae que el último cierre del libro de inventarios y balances que se lleva por medios informáticos data del 31/07/2009; la última acta de asamblea es de fecha 29/11/2008; el último movimiento registrado en el libro diario -llevado también por medios informáticos- es de fecha 31/07/2009; el libro de actas de directorio tiene como última actividad la de fecha 01/12/2008; en una caja con documentación correspondiente al libro de sueldos se registra hasta el período 10/2009; también los reportes ante la AFIP abarcan hasta el período 10/2009, en el caso de ganancias hasta el 07/2008. Del año 2010 sólo se hace referencia a los datos del IVA compras instrumentado por medios informáticos que finaliza el 31/12/2010; a varias cajas de archivo con facturas de venta desde enero de 2009 hasta diciembre de 2010; carpetas con movimientos bancarios hasta julio de 2010.

En suma, y como anticipé, la empresa tuvo un crecimiento sostenido y sus cuentas en orden durante los primeros tiempos; lo que se malogró un tiempo después de que Exstein asumiera como presidente del directorio. Con lo dicho y lo que sigue, veremos que las irregularidades en la administración fueron la antesala de lo que posteriormente sucedería, quedando la sociedad privada de sus bienes y actividad productiva.

VI. b) En aras de verificar los desvíos acusados por el actor como causa de su detrimento patrimonial, comienzo por valorar la prueba testimonial.

Merecen especial atención las declaraciones formuladas en sede penal y civil por el Sr. Santiago David Heredia. Su eficacia convictiva deriva de la circunstancia de haberse desempeñado como empleado de la firma Foster SA durante cinco años, entre el 2006 y 2011, así como de la actividad que cumplía - encargado de producción, organización de pedidos y manejo de las máquinas con operarios-; y de los conocimientos que relata acerca de todo lo que acontecía en la empresa: el personal que prestaba servicios, lo que cada quien tenía a su cargo, la relación que tuvo con los dos accionistas; lo que sumado a la claridad y coherencia de su exposición, resultan determinantes para reconocerle trascendencia en la dilucidación del caso.

En sede criminal, Heredia detalla las maquinarias que existían en la empresa al momento de su ingreso, los problemas que tuvieron los socios, el retiro de Ocampo con motivo de las diferencias que tenía con Exstein, la merma de la actividad ocurrida a partir de ese momento.

Relata que en junio de 2011 unas personas se llevaron todas las máquinas, circunstancia que no les había sido comunicada. Asimismo, explica que después que se llevaron las máquinas, Exstein le dijo personalmente que se habían vendido y que la empresa compradora (Posymac) haría la producción para que Foster siga funcionando. Posteriormente describió que la mayoría de los empleados de Foster se fueron y que solo tres empleados siguieron trabajando en Posymac; que a esa sociedad la abrió Daniel Exstein con otro chico de nombre Mariano Braun (o Bron), la cual fabricaba los mismos muebles que Foster y cuyas máquinas (seccionadora, pegadora de canto IDM, pantógrafo, perforadora múltiple, defondadora, pegadora de canto curvo y destiladora) continúan estando en esta nueva empresa (fs. 1838 y siguientes).

La existencia de las maquinarias en Foster SA y su repentino traslado a Posymac son circunstancias que resultan corroboradas por la declaración de Mario Antonio Córdoba (fs. 745/6), quien detalla las que había en la empresa originaria, y relata que un día llegó y no

estaban más, y que le dijeron que las habían llevado a la localidad de Toledo (donde estaba radicada Posymac). En la declaración de fs. 710/711 de la causa penal expresa también que antes de ello, se trasladó a un inmueble de calle Rincón que quedaba a media cuadra de Avenida Patria toda la mercadería en stock, alguna en cajas, otras sueltas y que se trató de “sacar lo que se podía vender”. Aclaró que en ese inmueble estuvieron dos o tres meses, que allí no concurrían proveedores ni clientes, solo fletes que se llevaban la mercadería.

Asimismo, Héctor Alberto Villalba declaró en ambas sedes (penal y civil), y su relato coincide en cuanto a la existencia de las máquinas, a los problemas que observó entre los socios, y al traslado de materia prima, personal y máquinas a la ciudad de Toledo.

La Sra. Mariana Lascano Oliva declara haber trabajado en Foster desde mediados del año 2009, y relata que según lo que ella veía, Exstein se encargaba de la administración en lo que hace al manejo del dinero de la empresa; que mientras ella estuvo hubo tres personas que lo ayudaban; el tercero era Mariano Bron. También detalla la existencia de máquinas grandes e importantes, de tecnología, y otras máquinas más chicas que describe; y narra que renunció a la empresa a finales de 2010, tiempo en el cual Ocampo había comenzado a tener problemas con Exstein. Expuso que ella no se sintió cómoda y por eso renunció. Paralelamente, la gerente de la empresa Airs Computers SRL, María Cecilia Noblia, declaró en sede penal que Foster SA estaba ubicada en Bv. Los Alemanes 3371, que con esa empresa trabajaron hasta el año 2011, que la última factura que registra el sistema es de diciembre de 2011, y que después de ello dejaron de facturar a nombre de Foster y comenzaron a hacerlo a nombre de Posymac SA, siendo la primera factura del 15 de diciembre de 2011. Agregó que los muebles fabricados por Posymac y Foster eran los mismos, como también el embalaje, el diseño, y cree que incluso los números de artículo de la mercadería eran los mismos.

La informativa cursada a la AFIP ilustra que la empresa Posymac SA fue inscripta en septiembre de 2011 y la actividad económica declarada es la fabricación de muebles y partes de muebles, principalmente de madera (fs. 1567 y siguientes).

A partir de las probanzas mencionadas queda demostrado que la empresa, fructífera en sus

inicios, comenzó a tener problemas que ni siquiera fueron registrados en los asientos contables por el Presidente del Directorio, quedando a fines del año 2011 privada no solo de los bienes que habían sido incorporados. En pocas palabras, quedó demostrado que por orden de Exstein “se trató de sacar todo lo que se podía vender”, se llevaron todo lo que estaba en stock, las maquinarias e inclusive los empleados, algunos de los cuales comenzaron a trabajar en Posymac. Claramente, esta última empresa estaba destinada a ser la continuadora de la que fue privada de sus bienes, pues así lo corroboran quienes tenían trato comercial con Foster. En la situación descripta, naturalmente, no resultaba posible a Foster SA continuar con el objeto social para el que se le diera nacimiento.

VI. c) Sentado ello, debemos examinar la defensa esgrimida por el demandado, quien alega que las maquinarias fueron vendidas a la empresa Reidy SA, para lo cual se suscribió un contrato de compraventa donde se detallaron las maquinas, se fijó el precio, y las firmas fueron certificadas por escribano público; y afirma que la decisión de venderlas fue de ambos socios.

Ahora bien, el contrato que data del mes de julio de 2011 ha sido suscripto sólo por Exstein en su calidad de presidente de la firma. En el estado de cosas en que se encontraba la afectio societatis en esa instancia, no parece real que Ocampo hubiere estado de acuerdo con la supuesta venta.

Además, en las minutas de reunión de los meses de abril y mayo de 2010 no se hace ninguna referencia a la necesidad de venderlas.

Por otra parte, con respecto al precio de venta de las maquinarias, el testigo Cascone que declaró en sede penal, relató que era él quien las reparaba; y al ser interrogado por la Fiscalía respecto si le resultaba razonable la suma de 200.000 por la venta de las maquinas exhibidas a fs. 78/79, afirmó que no, y agregó que le parecía un precio muy bajo. Siendo la persona encargada de efectuar las reparaciones en las maquinarias de la empresa, la credibilidad de su apreciación es irrefutable, no sólo por su especialidad, sino también por el grado de conocimiento de los artefactos en cuestión.

El accionado también se defiende argumentando que la venta demuestra que no hubo apropiación de su parte. Sin embargo, los testimonios reseñados dan cuenta que las máquinas fueron llevadas a Toledo, donde comenzó a funcionar Posymac SA cuya actividad económica era la de fabricación de muebles y partes de muebles de madera en noviembre de 2011; y que el pago se hizo con un anticipo y cuotas que eran saldadas con las ganancias que se obtenían de su funcionamiento.

Ello corrobora los dichos del actor, cuando denuncia la maniobra urdida por el presidente del directorio con el fin de vaciar la empresa y llevar la actividad productiva a la que, a los ojos de los terceros, resultaba ser la “continuadora” de Foster SA.

VI. d) A todo lo anteriormente desarrollado, corresponde agregar los indicios contrarios a la posición del demandado que surgen de la negativa a exhibir los libros -tanto en la causa judicial a la que se aludió supra, como en los presentes obrados- siendo que tenía a su cargo la presidencia del directorio y administración de la empresa.

También valoro como elemento desfavorable la imposibilidad de diligenciar en debida forma la pericial contable; la cual no pudo realizarse por no contar con el material necesario.

El descargo que hace el demandado cuando alega no contar con otra documentación que la adjuntada al proceso, no parece creíble ni razonable. Sucede que, habiéndose puesto en tela de juicio su actuación como presidente del directorio, y habiendo sido demandado también por el incumplimiento del deber de exhibir los libros, debió conservar los registros que demuestren haber obrado con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

VII. En definitiva, considero que ha sido suficientemente demostrado el hecho dañoso enrostrado a Exstein como fundamento de la acción de responsabilidad civil; que consiste en haber utilizado su rol y ejercido la función de presidente del directorio en forma abusiva, en su beneficio personal, con el objetivo de continuar con la actividad productiva en otra empresa a la que se transfirieron los bienes y el personal de la originaria.

Se trata de un obrar ilícito por parte del demandado, pues tal como esgrime en la expresión de agravios el actor, no se llevó debidamente la contabilidad, no se realizaron balances, y se transfirió el activo a otra empresa, haciéndole perder todos los bienes a la sociedad; lo cual fue logrado valiéndose de la competencia que le reconoce la ley en su rol de administrador y abusando de su posición en desmedro del actor.

La doctrina especializada entiende por “actos ilícitos”, no solo los actos propios de la esfera de incumbencia del administrador, sino también los supuestos de ejercicio aparente de la función o abuso de ella, e incluso si el acto fuera considerado ajeno a la función cuando no hubiera podido ejecutarse de no mediar la relación orgánica, o cuando esa relación hubiera facilitado notablemente la comisión, o constituyó una conditio necesaria, indispensable para que el evento dañoso acaeciera (Confr. Verón, Alberto V., Responsabilidad de los Administradores de Sociedades Anónimas: Principios básicos, publicado en Doctrina Societaria y Concursal Errepar DSCE, abril de 2021).

VIII. Definida la existencia del hecho lesivo y el sujeto responsable, corresponde ahora dilucidar la problemática relacionada a la vía escogida para el reclamo de los daños que alega padecidos.

En este aspecto de la discusión considero que asiste razón al apelante.

La íntegra lectura del escrito inicial del pleito da cuenta que la acción entablada no es la social -como parece sugerir el demandado en su responde-, sino la denominada “acción individual de responsabilidad” que contempla el art. 279 de la Ley General de Sociedades.

Ello es así, no solo -ni tanto- por el título que encabeza el escrito inicial que indica “acción individual de responsabilidad (art. 279 de la Ley 19.550)”, sino porque el relato de los hechos que constituyen la causa de pedir y los fundamentos expresados corroboran que su pretensión fue, siempre, la de ser resarcido de los perjuicios sufridos en su patrimonio.

La acción individual no requiere autorización social; no es subsidiaria de ella, ni está condicionada a su ejercicio. Se trata de distintos carriles legalmente predispuestos, con diversos objetivos y cuya legitimación es también diferente en función de la pretensión esgrimida por quien se presenta a juicio en cada caso.

En mi opinión el actor está formalmente habilitado para demandar los daños que reclama, en tanto compareció en calidad de accionista de la sociedad Foster SA; carácter que no fue negado por Exstein, y fue debidamente acreditado con la documentación pertinente (constancias glosadas a fs. 21/69). Asimismo, la demanda se dirige contra quien se desempeñaba como administrador societario, ejerciendo el cargo de presidente del directorio de Foster SA.

El art. 279 de la LGS dispone: “Los accionistas y terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores”.

No desconozco que la doctrina especializada, en posición mayoritaria, considera que la vía autorizada por el art. 279 de la ley 19.550 no es apta para lograr la reparación de daños indirectos o reflejos por lesiones padecidas por la sociedad; sino solamente el resarcimiento del daño directo, personal e individualmente soportado por el socio o accionista (Confr. Rouillón, A y Alonso, D., Código de Comercio, comentado y anotado, Bs. As. T. III, pág. 703 y sig.; Halperín, Sociedades Anónimas, Ed. Depalma, año 1978, pág. 459; Verón., A., Sociedades Comerciales – Ley 19550 comentada, Anotada y Concordada, Tomo IV, páginas 334 y siguientes; entre muchos otros.). Ciertamente, en la vereda del frente se encuentran quienes –como Nissen- tienen una concepción más amplia que se nutre de los principios generales de la responsabilidad civil (Nissen, Ricardo A., Curso de derecho Societario, 3° edición actualizada, Ed. Hammurabi, pág. 523 y sig.).

Empero, adoptar una u otra postura como propone el Sr. Juez de Primera Instancia en la sentencia atacada no resulta, en este singular caso, el factor determinante para decidir la suerte del litigio. No debemos perder de vista que se trata de juzgar las consecuencias disvaliosas generadas por el socio que ejerce la presidencia del directorio de una sociedad

anónima integrada sólo por dos socios, donde el actor ha logrado demostrar el obrar ilícito del administrador mediante una serie de actos de disposición que generaron la pérdida de los bienes y maquinarias que integraban el patrimonio del ente, lo que terminó vaciando de contenido la participación societaria del reclamante.

Resulta innegable entonces que quien invoca el daño es el que lo ha sufrido en forma personal en su patrimonio. Con acierto, la doctrina especializada señala que “El principio de personalidad del daño rige tanto cuando el damnificado es directo (víctima inmediata) como cuando se trata de damnificados indirectos –terceros en quienes repercute el menoscabo-. También en este segundo supuesto la lesión debe afectar sus propios intereses. (Confr. Zavala de González, M., Actuaciones por Daños, Ed. Hammurabi, año 2004, pág. 78 y 79). La citada autora ofrece algunos ejemplos de daños indirectos -entre los que no se cuenta el que nos convoca- y menciona las restricciones que en ocasiones impone el ordenamiento. Pero sus conceptos sirven porque en definitiva constituyen una razonable crítica a la reglamentación que contradice el principio de reparación plena, de base constitucional.

En nuestro caso, la limitación que pregona la doctrina mayoritaria en cuanto circunscribe la legitimación al reclamo por daño directo, excluyendo al indirecto o reflejo, no tiene base legal; porque como se indicó la norma nada dice. Y aun cuando el fundamento sea el diferente patrimonio de afectación (distinguiendo el de la sociedad o del socio), en el particular caso tal disquisición ha quedado por completo desdibujada, porque es el único otro socio, originariamente titular del 50% de las acciones y posterior titular del 90% (a raíz de la compra en subasta del paquete accionario), el que sufre las consecuencias de la mala administración del demandado, y reclama el resarcimiento del daño padecido. Con arreglo a lo expuesto, la defensa esgrimida por Exstein enancada en la ausencia de demostración de daño directo, sumada al incumplimiento de los presupuestos que la ley instituye para el ejercicio de la acción, no merece ser acogida. Porque de ser así estaríamos incurriendo en una indebida entronización de las formas en el exclusivo beneficio de la ley.

La completa pérdida del activo societario y la desaparición de la posible cuota de liquidación que le hubiere correspondido al accionante son, concretamente, los perjuicios padecidos por

el actor; los que encuadran a la perfección en el concepto de daño emergente y lucro cesante (o bien, en su caso, pérdida de chance) cuya reparación ha sido reclamada en estos autos.

A partir de lo expuesto, no resulta necesario responder los agravios vinculados a la pretendida aplicación del art. 160 del Código Civil y Comercial de la Nación.

IX. Tampoco puede prosperar el argumento defensivo que pretende poner en cabeza del propio actor las consecuencias disvaliosas padecidas, enrostrándole el abandono de la empresa y no haber gestionado las herramientas que la ley de sociedades le concede.

Para empezar, la eximición de responsabilidad que contempla la normativa especial está prevista en el supuesto de que la gestión haya sido aprobada, o en caso de renuncia expresa o transacción resuelta por la asamblea. Nada de ello ha ocurrido en la especie.

Pero además, la aplicación de las normas generales de responsabilidad no mejoran la situación del accionado, ya que con los testimonios valorados supra ha quedado demostrado que el alejamiento de Ocampo ha sido, precisamente, la primera consecuencia del obrar ilícito del demandando.

Es sabido que para que la eximente “hecho de la víctima” tenga cabida, es necesario que la falta o el defecto de conducta sea imputable a quien lo sufre. Se trata de la imputabilidad causal; es decir, de verificar si la condición puesta por la víctima es -o no- generadora del perjuicio, con arreglo a lo que acostumbra a suceder de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas.

En base a estos conceptos, recordemos aquí que, entre otras cuestiones, el actor comenzó por iniciar el reclamo privado y luego presentó demanda de exhibición de libros; e incluso accedió, en su buena fe, a convocar al Sr. Simeoni propuesto por el otro socio, a quien le encomendaron la tarea de sanear el delicado estado financiero de la empresa y el desmanejo de la administración, y de la que luego se fue debido a que Exstein pidió nuevamente tener la chequera y no estuvo dispuesto a incorporar a Simeoni a la sociedad (fs. 2067 a 2068).

Es claro, a partir de lo expuesto, que los intentos de Ocampo resultaron frustrados por la actitud obstruccionista del demandado; lo que demuestra que cualquiera sea la conducta que hubiere desplegado el actor, no resultaba previsible que surtiera efecto en el accionar de su socio. Ello determina el fracaso de la defensa, porque la actividad u omisión de Ocampo no tiene entidad para encuadrar en el supuesto del hecho de la víctima.

X. Por último, advierto que el accionado objeta la falta de precisión del daño padecido y reclamado en autos.

Sin perjuicio de que pueda considerarse que en alguna medida le asiste razón, ya que inclusive a la hora de fijar la cuantía el actor indica de manera provisoria una cifra genérica al solo efecto de cumplir con el requisito de determinar la pretensión que le impone la ley procesal; lo cierto es que la anunciada imprecisión deriva, una vez más, de las trabas y dificultades que le impuso el administrador demandado antes y durante la tramitación del pleito a las que ya hemos hecho suficiente referencia en los capítulos que anteceden.

En base a ello, debe hacerse lugar al reclamo del actor, y disponer que la estimación precisa del monto del resarcimiento sea diferida para la etapa de ejecución de sentencia (arg. art. 812 del CPC).

XI. En suma, corresponde acoger el recurso de apelación planteado por el actor, y revocar la sentencia dictada en autos en todo cuanto dispone. En su lugar, se debe admitir la demanda entablada por Martín Guillermo Ocampo en contra de Daniel Alberto Exstein, condenándolo a pagar el daño emergente y el lucro cesante (o bien, la pérdida de chance) que sean consecuencia de la pérdida del activo societario y de la posible cuota de liquidación que le hubiere correspondido al accionante; ello en el porcentaje que representa su participación societaria. La cuantificación de la condena se difiere para la etapa de ejecución de sentencia (arg. art. 812 del CPCC).

Costas y honorarios:

Atento al resultado arribado, y dado que no existen razones para apartarse del principio objetivo de la derrota que consagra el art. 130 del CPC, las costas en todas las instancias deben ser impuestas al demandado.

A mérito del diferimiento dispuesto en esta resolución, no corresponde regular honorarios a los letrados intervinientes en esta oportunidad, en tanto no existe base para el cumplimiento de dicha actividad jurisdiccional.

Así voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor Vocal, doctor Domingo Juan Sesín, dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la Señora Vocal del primer voto. Voto en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada, el señor Vocal, doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

Coincido con el resolutivo que postula la Doctora María Marta Cáceres de Bollati, por lo que me pronuncio en el mismo sentido.

Por el resultado de los votos emitidos, previo acuerdo, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Comercial,

RESUELVE:

I. Acoger el recurso de casación y disponer la nulidad de la sentencia número 95 dictada por la Cámara en lo Civil y Comercial de Novena nominación de esta la Ciudad el día 29 de octubre de 2021 en todo cuanto decide.

II. Resolver la causa sin reenvío, revocando en todas sus partes la sentencia dictada por el Señor Juez de Primera Instancia y 52° Nominación en lo Civil y Comercial.

III. Hacer lugar a la demanda entablada por Martín Guillermo Ocampo en contra de Daniel Alberto Exstein, condenando a este último a pagar el daño emergente y el lucro cesante (o bien, la pérdida de chance) que sean consecuencia de la pérdida del activo societario y de la posible cuota de liquidación que le hubiere correspondido al accionante; en el porcentaje que representa su participación societaria. Diferir la cuantificación de la condena para la etapa de ejecución de sentencia.

IV. Imponer las costas devengadas en todas las instancias al demandado, difiriendo la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para cuando exista base definitiva para ello. Protocolícese e incorpórese copia.

FDO.: CÁCERES – SESÍN – LÓPEZ PEÑA