

EL DERECHO DE PREFERENCIA Y DE ACRECER.  
NECESARIA JUDICIABILIDAD DE LAS  
DECISIONES ASAMBLEARIAS QUE LO AFECTAN,  
COMO CONDICIÓN PREVIA PARA FACILITAR  
LA EFECTIVA SUPERACIÓN CONVENCIONAL O  
ESTATUTARIA DE SUS ASPECTOS CONFLICTIVOS  
(PONENCIA 1)\*

*Juan Martín Odriozola*

**SÍNTESIS**

Frente a las dificultades prácticas que se advierten en los supuestos de conflicto societario para la eficaz y correcta aplicación de los derechos de preferencia y acrecer en oportunidad del aumento de capital de las sociedades anónimas, se propondrán —en una próxima ponencia al respecto— soluciones convencionales o estatutarias tendientes a su superación. Para ello será necesario aceptar la judiciabilidad de las decisiones asamblearias que dispusieren aumentos de capital que pudieren afectar el ejercicio pleno de tales derechos.



**1. El “derecho de preferencia” y su conflictividad en el derecho nacional**

Recién desde el “Proyecto Bomchil” (1958) se incorporó a nuestro derecho el instituto del derecho de suscripción preferente, siguiendo “la

---

(\*) La presente constituye un extracto parcial del trabajo proyectado para su inclusión en un “tratado de conflictos societarios” en preparación bajo la dirección del Dr. Diego Duprat.

orientación de la doctrina contemporánea” y considerándolo entre las “bases esenciales de los derechos de los accionistas”, conjuntamente con el derecho a las utilidades, al de la cuota de liquidación y el de voto<sup>1</sup>. Por su parte, en el informe preliminar del anteproyecto “Malagarriga-Aztiria”<sup>2</sup>, sus autores destacan haber reconocido el derecho preferente de opción en la suscripción de nuevas acciones “a las acciones ordinarias con carácter obligatorio e inderogable”, en el marco de un “conjunto de principios protectores del accionista”<sup>3</sup>, más allá de las limitaciones que pudiera disponer la asamblea en razón de eventuales exigencias del interés social.

Con tales antecedentes llegamos a la ley de sociedades vigente de cuyo texto resultan los siguientes postulados en la materia:

- a- Obligatoriedad de conceder y respetar el derecho de preferencia (art. 194 LSC, 1er párrafo).
- b- Imposibilidad de limitarlo estatutariamente (art. 194 LSC in fine, contrario sensu).
- c- Revocabilidad de la emisión efectuada en infracción al régimen (art. 195 LSC, 1er párrafo).
- d- Reparación del daño cuando la cancelación de la emisión es imposible (art. 195 LSC, 2º párrafo).
- e- Limitación o suspensión del derecho, lo que sólo puede ser decidido por asamblea extraordinaria con el voto de la mayoría de las acciones con derecho a voto, sin computar el voto plural (arts 197 y 244 LSC, in fine).
- f- Obligatoriedad de tratamiento y decisión en cada caso particular; o sea, imposibilidad de disponer una limitación o suspensión genérica o delegada en el directorio (art. 197 LSC).

---

<sup>1</sup> BOMCHIL, Miguel; “Régimen jurídico de las sociedades anónimas. Anteproyecto de ley de reformas...”, Bs. As., 1958, pág. 35. En sus arts. 31, 107 y 108 lo calificaba como “derecho mínimo del que no pueden ser privados los accionistas”. Entre otros antecedentes: Ley española de 1951, art. 39; Código Civil Italiano de 1942, art. 2441; Ley brasileña, art. 78; ley alemana, pgfo. 153, etc....

<sup>2</sup> “Anteproyecto de ley general de sociedades”, encomendado por dto. 9311/58 a los Dres. Carlos C. Malagarriga y Enrique A. Aztiria; ed. Ministerio de Educación y Justicia, Bs. As., 1959.

<sup>3</sup> “Anteproyecto...”; op. cit., pág. 66.

- g- Condición de admisibilidad subjetiva: excepcionalidad emanada de la “exigencia” que en tal sentido imponga el interés social en cada caso (art. 197 LSC).
- h- Condiciones de admisibilidad objetivas: que esté en el orden del día de la asamblea que lo decide y que las acciones a emitir se integren con aportes en especie o que se den en pago de obligaciones precedentes (art. 197 LSC, 2ª. Parte).
- i- Derecho de acrecer sobre acciones no suscriptas, accesorio al derecho de preferencia y en proporción a lo que se haya suscripto (art. 194 LSC).
- j- Necesaria interpretación restrictiva de los supuestos de admisión de la limitación o suspensión emergente del art. 197, en razón del contexto en que cada norma está inserta.

Los posteriores proyectos de reformas de los años 2004 y 2005 mantuvieron el esquema de la ley, modernizándolo o aclarándolo en algunos aspectos, mediante (i) la incorporación de la credibilidad expresa del derecho de suscripción preferente, (ii) la posibilidad de postergar el mismo cuando se destina un cupo de la emisión nueva al personal —proyectados arts. 194— y (iii) exigiendo que las nuevas acciones a emitir cuando se recurre a la excepción que admite el art. 197 cumplan con las condiciones objetivas de dicha norma y sean emitidas con alguna prima (nuevo art. 197 según los proyectos)<sup>4</sup>.

Resulta así que el régimen argentino participa tanto de la obligatoriedad impuesta como de la excepcionabilidad admitida por el sistema comunitario europeo en cabeza exclusivamente de la asamblea que delibere y decida con quórum y mayorías agravadas, sin admitir la delegación en el órgano de administración que prevé la interpretación del derecho alemán ni participar del celo extremo de la legislación brasilera. Su característica fundamental —compartida con el Código Civil Italiano y la ley de socie-

---

<sup>4</sup> Proyecto Dip. Jorge R. Vanossi el 26/2/04, incluyendo como condición para admitir la postergación del derecho de preferencia la obligación de emitir las nuevas acciones con una prima que compense “razonablemente” la diferencia entre el valor nominal y el valor patrimonial proporcional por acción. El proyecto elaborado por la comisión designada por resolución del MJy DH 112/02 —integrada por los Dres. Jaime L. Anaya, Salvador D. Bergel y Raúl Echeverry— en el proyectado art. 197 suprimió la palabra “razonablemente”, por lo que la compensación debería ser exacta.

dades española— está constituida por la condición necesaria —obligatoria— para admitir una eventual causa de excepcionabilidad: que el interés social la “exija”<sup>5</sup>.

El conflicto —foco de este estudio— se da entonces cuando no existe concordancia entre los socios sobre (i) la existencia y suficiencia de un “interés social” que exija excepcionarse en el respeto de tal derecho y (ii) la inexistencia de otro medio para satisfacerlo sin necesidad de afectar las “bases esenciales de los derechos de los accionistas”<sup>6</sup>. La exteriorización del pleito implica generalmente la existencia de una asamblea que dispone aumentar el capital social postergando el derecho de preferencia de los socios “opositores”, “licuando” su participación en el mismo; asamblea que obviamente es impugnada.

## 2. Naturaleza de las posibles soluciones

Para resolver el conflicto no cabe proponer como solución un “endurecimiento” de la ley que impida de manera absoluta limitar o postergar el derecho de preferencia, por cuanto de esta forma estaríamos desnaturalizando el concepto de sociedad —comercial, y más aún el de “sociedad anónima”— ya que estaríamos sometiendo la suerte de la empresa a la escasez de recursos de un accionista preexistente al aumento de capital propuesto, o dispuesto, o simplemente a su pérdida de interés en la sociedad de que se trate, a más de estar violentando el principio mayoritario en la toma de decisiones societarias. La teoría de la continuidad de la empresa, y el art. 100 LSC imponen el mantenimiento del sistema vigente.

La armonización de esos intereses, y además la prevención de conflictos innecesarios, deberá pasar por la incorporación de cláusulas estatutarias acordadas en términos de máxima amplitud y permisividad respecto —principalmente— a lo relativo al aumento de capital, condiciones de accesibilidad al mismo, mecanismos de transferencia de acciones, etc.... Tales disposiciones tratarán de hacer previsible lo que pueda llegar a ocurrir en el seno de la sociedad en materia de movilidad del capital y sus consecuencias, entre ellas la medida del respeto o no al derecho de pre-

---

<sup>5</sup> Ver doctrina de la BGH alemana en “Siemens” y análisis de R. MANÓVIL en “Suspensión del derecho...” (VII Congreso..., Bs. As., 1998, t. II, pág. 547), arts. 109, 171 y 172, ley 6404 brasilera, arts. 2241, C.C. Italiano, art. 308 de la “Ley de sociedades de capital” española (texto refundido; RDL 1/10), etc....

<sup>6</sup> Ver nota 1.

ferencia, en tanto, por supuesto, no produzcan el efecto prohibido por el art. 194 LSC in fine ni desoigan las condiciones para su admisibilidad impuestas por el art. 197 LSC. Tampoco podrían contradecir las normas de la Inspección General de Justicia<sup>7</sup> sobre (i) capital mínimo, (ii) valuación de aportes en especie, (iii) capitalización de créditos y aportes irrevocables, (iv) capitalización —y emisión de las acciones liberadas pertinentes— de saldos de cuentas de capital, (v) emisión de acciones por conversión de obligaciones negociables y debentures, (vi) fundamentación de las eventuales distribuciones de primas de emisión, (vii) obligatoriedad de emitir acciones con prima<sup>8</sup>, etc. Pero en la medida en que su “examen de legalidad”<sup>9</sup> sea aprobado, podremos los abogados sugerir a los socios —se trate de una sociedad cerrada o abierta— múltiples estipulaciones que les permitirán saber quien, cómo y cuándo podrá o no acceder al poder, perderlo voluntariamente o no, eventualmente abandonar el ente y en qué condiciones, etc....

Pero no podremos avanzar sobre tales cláusulas, y las demás que se nos pudieren ocurrir para alejar la conflictividad, sin analizar algunos aspectos que requieren solución previa, en tanto con la sana intención de respetar la ley se han dado interpretaciones y soluciones judiciales que hacen de muy difícil éxito cualquier tarea de prevención del conflicto, por cuanto tal prevención sólo sería efectiva si fuera posible recurrir adecuadamente al auxilio de la Justicia para imponer su respeto.

### **3. Condiciones de admisibilidad de la limitación y suspensión del derecho de preferencia**

**3.1.** Cual suerte de guía doy por aceptadas en nuestro derecho: (i) la posible limitación o suspensión del derecho en situaciones precisas y ex-

---

<sup>7</sup> Sin analizar acá las importantes críticas que la “amplitud” legislativa puesta de resalto en dichas resoluciones administrativas importan y que resultan ajenas a este estudio. Ver MANOVIL, Rafael, “Diez ejemplos de desaciertos e ilegalidades en la resolución (IGJ) 7/2005”, Rev. Colegio Abogados Ciudad de Bs. As., t. 65, n° 2, 12/2005, pág. 101/114.

<sup>8</sup> Ver arts. 67, 69 a 73, 96 y 97, 98, 134, y 144 incs. 1 y 2, todos de la Resol. IGJ 7/05, respectivamente y Resol. IGJ 6/09.

<sup>9</sup> ODRIOZOLA, Carlos S., “Limitación de la voluntad contractual expresada en el estatuto social ¿Por qué no?”; Ley 7/8/06, quien aboga por el respeto al principio constitucional que “habilita a considerar que todo aquello que no está prohibido está permitido... siempre y cuando no se afecten los principios de la moral, las buenas costumbres, la licitud y no se incurra en abuso de derecho” (con cita del Dr. Enrique Butty en “Santa Lucía c/ Policastro” (CNCom, Sala B, 25/3/96)).

ccionales, (ii) la legitimación exclusiva de la asamblea extraordinaria —con mayorías agravadas— para decidirlo, (iii) la existencia de condiciones objetivas insuperables, tanto formales como sustanciales (art. 197, 2ª parte LSC) para aceptarlo<sup>10</sup>, (iv) la necesidad de una justificación subjetiva insoslayable que autorice la postergación del derecho esencial del socio a mantener su participación, como sería la “exigencia” en tal sentido por parte del “interés social”, y (v) —agrego recurriendo a principios originados en la jurisprudencia alemana— la comprobación de la inexistencia de otra alternativa para satisfacer el interés social.

**3.2.** Para apreciar la razonabilidad de la limitación que se disponga resultará útil juzgar (a) “la intencionalidad que presuntamente la motive” y (b) “su condición de medio al servicio del interés común de los socios”<sup>11</sup>.

Además de ello, apreciar que (c) “si la sociedad puede alcanzar los fines que persigue... recurriendo a otra u otras alternativas que no lesionen los intereses de los socios, estará faltando al carácter de necesidad imperativa que requiere la medida para justificar su empleo, y por tanto, no será procedente el sacrificio...”<sup>12</sup>; (d) que ese interés sea específico y con-

---

<sup>10</sup> En alguna opinión, la enunciación del inc. 2º del art. 197 LSC no es taxativa, advirtiéndose que sería imposible ejercer un eventual derecho de preferencia en el supuesto de fusión por absorción (ZALDIVAR, E. y otros, “Cuadernos...”, op. cit., t. II, 2ª parte, pág. 152). En el mismo sentido, en la propuesta concordataria de cancelación del pasivo por capitalización de créditos verificados (art. 43 LCQ).

<sup>11</sup> SUAREZ ANZORENA, Carlos y NISSEN, Ricardo, “Pautas para la debida apreciación judicial...”; “Vº Congreso...”, Córdoba, 1992, t. II, pág. 303. Critican la exigencia judicial de acreditar aquellos extremos de “arbitrariedad extrema” e “irrazonabilidad dañosa” que hoy la Justicia sigue exigiendo, al menos para decretar medidas cautelares. Consideran que de tal manera, se convertiría en “intérpretes exclusivos del interés social a la mayoría o minoría que haya adoptado o impedido el logro de la decisión de que se trate”. Coincido con ellos.

<sup>12</sup> CASTELLANI, Horacio, “Alcance de la limitación y suspensión...”, “Rev. de las Sociedades y Concursos”, nº 1, Bs. As., pág. 29, sintetizando a Alonso Ledesma, Carmen; “Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente”, en “Derecho Mercantil de la CEE Estudios en homenaje a José Girón Ten, Civitas, Madrid 1991.

GALGANO, Franceso, *Trattato di Diritto Commerciale...*, t. 7, ed. Dott, Padova, 1984, pág. 344, con cita del Trib. Roma, 23/3/62 exige que la limitación o suspensión del derecho derive de que la empresa se encuentre en “un estado de necesidad del cual no pueda salir de otra manera si no mediante el sacrificio del derecho de opción”.

creto y (e) la pertinencia de requerir el aporte de los socios con carácter previo a decidir tal capitalización<sup>13</sup>.

A pesar de su aparente obviedad, se ha requerido que los accionistas cuenten (f) “con suficiente información, por parte de los órganos de administración y fiscalización interna, para evitar que dicha operación pueda convertirse en una actuación tendiente a beneficiar a un grupo de accionistas o en un procedimiento de licuación de las participaciones societarias de los accionistas ajenos a la capitalización”<sup>14</sup>.

#### **4. La judiciabilidad del conflicto y la pertinencia y alcance de eventuales medidas cautelares**

Con el argumento —elevado a dogma a través de su interpretación, reiteración y análisis ligero<sup>15</sup>— de que la Justicia no podría evaluar el “necesidad, conveniencia y oportunidad” o “el mérito”<sup>16</sup> de admitir el aporte

---

<sup>13</sup> HALPERIN, Isaac, “Sociedades Anónimas”, ed. Depalma, Bs. As., 1974, pág. 248, con cita de Nobile, “Rivista delle Società”, 1957, pág. 190) y recordando doctrina de la Corte de Casación Italiana (Corte de Casación Italiana, 30/10/70, “Rivista del Diritto Commerciale”, 1970, 2ª parte, pág. 398).

En similar sentido, “Suixtil S.A. c/Comisión Nacional de Valores”; CNCom., sala A, 29/5/79, caso en el cual se rechazó la limitación del derecho de preferencia para capitalizar un crédito porque la cancelación podía producirse mediante la suscripción e integración del aumento de capital por los accionistas preexistentes.

<sup>14</sup> “IGJ c/Empresa Naviera Petrolera Atlántica S.A. s/organismos externos”, CNCom., sala D, 17/5/07; ED 223-562/74. Se requirió además, (i) que la obligación fuera preexistente; (ii) que se tratara de un crédito líquido, vencido y exigible; y (iii) respeto al art. 197 LSC en tanto se afectara al derecho de preferencia. Ver, a su respecto, el importante análisis de SILVEYRA, Miguel, “Capitalización de deuda en el ordenamiento societario argentino...”, ED, 223-575/603.

<sup>15</sup> Evitaré el análisis de la doctrina sobre el punto en razón de la brevedad que se exige a esta ponencia, pero resulta de un relativamente minucioso análisis de las manifestaciones doctrinarias al respecto una coincidencia conceptual significativa, dependiendo la clasificación entre quienes estarían en una u otra posición más del énfasis literario o del fallo o hecho que haya motivado el comentario que de diferencias de fondo sobre la cuestión.

<sup>16</sup> La expresión se ha ido acuñando a lo largo de los precedentes y trabajos sobre el tema, siendo el pionero el caso “Pereda, Rafael c/Pampagro S.A.” (CNCom, Sala D, 22/8/89; ED 136-387/393) en el que el Dr. Cuartero dejara establecido que “la judiciabilidad de las decisiones asamblearias debe ser juzgada restrictivamente... de modo de actuar solamente en la hipótesis de arbitrariedad extrema o irracionalidad dañosa...”, obviamente a acreditar por el impugnante, ya que “la decisión societaria sobre la

de bienes o la capitalización de obligaciones preexistentes aún cuando ello importe postergar el derecho de preferencia de los accionistas, se fue generando una jurisprudencia adversa a la “intromisión” en lo que se consideró área reservada y discrecional para la sociedad, aplicándose el criterio de que sólo la “arbitrariedad extrema” o la “irracionalidad dañosa” permitirían tal revisión, que tendría como consecuencia el dictado de sentencias injustas y la generación de una suerte de “agujero negro” donde convalidar verdaderos atropellos a los derechos del socio “licuado”. Sin embargo, la laxitud con la que se recurrió a ambos conceptos —intromisión no, pero decisión arbitraria o irracional tampoco— ha permitido resolver con apego a la Justicia la interminable casuística sometida a los tribunales<sup>17</sup>, generando incluso algunas contradicciones que demuestran la enorme inconveniencia de adoptar al efecto posiciones meramente dogmáticas, aún cuando lo haya sido para reafirmar el sentido de una decisión que pudiera ser —valga la redundancia— dogmáticamente cuestionada.

**4.1. Algunas decisiones jurisprudenciales particulares exhiben claramente tal inconveniencia:**

i) En autos “Block c/Frigorífico Block”<sup>18</sup> se superó la “no juzicabiilidad” del aumento de capital efectuado con fines de licuamiento del accionista, por cuanto constituye un “abuso de mayoría y se afecta el interés

---

necesidad, conveniencia y oportunidad del aumento del capital, constituye una cuestión de política empresaria, que debe quedar reservada exclusivamente a los órganos societarios competentes y que solo es revisable por el órgano jurisdiccional en caso de arbitrariedad extrema o irracionalidad dañosa...”. En el caso se verificaron serios defectos de fundamentación de la demanda.

En autos “Lentini, O. c/Fábrica Arg. de Herramientas Cortantes Domingo Lentini S.A.”; CCiv. y Com., Rosario, Sala III, 27/2/02, se sostuvo que habiéndose cumplido con los requisitos formales de convocatoria y celebración de la asamblea “le está vedado al tribunal ingresar a ver el aumento en sí mismo... pues ello tiene que ver con la discrecionalidad empresaria, extremo irrevisable sino se invoca el interés social, sino el particular de los socios”. La contundencia de la afirmación dogmática resulta peligrosa en mi opinión.

<sup>17</sup> Los precedentes judiciales normalmente destacan ambos extremos, inclinándose por aquel más adecuado en orden a la obligación de ajustar la decisión a los estrictos hechos de la causa. La jurisprudencia reseñada en este estudio demuestra cómo la sana resolución del conflicto sometido a los jueces impone la consideración indistinta de los diversos matices que la cuestión exhibe.

<sup>18</sup> “Block, Susana c/Frigorífico Block S.A.”; CNCom, Sala C, 4/3/05; La Ley 2005-E-57/62, con nota favorable de Mariano Gagliardo.

social”, justificándose la declaración de nulidad absoluta e imprescriptible aún cuando fuere factible ejercer el derecho de preferencia o de recesso, contradiciendo la doctrina “Pereda c/Pampago”<sup>19</sup>.

ii) Posteriormente, en “Kahl c/Degas”<sup>20</sup> se ratificó la consideración del aumento ilícito de capital —y en el caso con violación al derecho de preferencia— como causal de nulificación absoluta y superadora del plazo del art. 251 LSC, y se innovó agregando la necesidad “de que existiera explicación técnica concreta respecto de los beneficios para la sociedad” del incremento de capital contrario a los intereses de la actora —y al interés social, como surge del excelente razonamiento que se efectúa al respecto—; explicación a cargo de la sociedad o de la mayoría demandada, invirtiéndose así la carga de la prueba respecto del precedente “Pereda c/Pampago”.

iii) En “Lentini c/Fábrica Arg.”<sup>21</sup> se convalidó la violación del derecho de preferencia por razones procesales, pero en “O’Connell c/Roer Int.”<sup>22</sup>, a pesar de coincidirse en que el aumento de capital con violación del derecho de preferencia no es un acto viciado de nulidad absoluta se encontró un modo de sancionar la afectación del derecho de los accionistas, nulificando su consecuencia.

iv) En el citado “O’Connell, S. c/Roer Int. S.A.” se sostuvo dogmáticamente que la ley elevó “al derecho de preferencia a la categoría de norma de orden público —aunque no absoluto, por tratarse de un derecho re-

---

<sup>19</sup> Ver nota 16.

<sup>20</sup> “Kahl, Amalia c/Degas S.A.”, CNCom., sala E, 12/5/06; ED, 222-481/491. Sostiene el fallo que si “ha quedado acreditado que mediante el aumento del capital por la capitalización de aportes irrevocables...se persiguió de modo irrazonable y arbitrario la licuación del capital de la actora... la impugnación de dicha decisión asamblearia ya no queda sujeta al plazo de caducidad del art. 251 LS...”, sino al de prescripción cuatrienal del art. 847, 3) CNCom. En el caso se había convocado mal a la asamblea, de donde deriva la ilicitud del aumento dispuesto, todo lo cual en opinión de la Sala importa violación al interés social. La Cámara dejó a salvo que “Distinto hubiera sido que la accionante hubiera pretendido, sin fundamento en la violación de ninguna de las normas del ordenamiento societario, cuestionar una decisión asamblearia, pues en tal supuesto su interés personal hubiera sido puramente individual y ajeno al que tiene causa en el contrato de sociedad”.

<sup>21</sup> Ver nota 16.

<sup>22</sup> “O’Connell, S. c/Roer Int. S.A.” (CNCom., sala A, 15/11/11; MJJ71242; elDial.com. AA7368).

nunciable—...”, mientras que en “Ruca-Mel S.A c/Berger, J.”<sup>23</sup> —y también dogmáticamente— se concluyó en que el derecho de preferencia no constituye una norma de orden público, porque, “de serlo, las convenciones particulares no podrían derogarlo (art. 21 C. Civil) ni la ley autorizar su restricción o cercenamiento”.

La ejemplificación podría ser interminable, y solo serviría para demostrar que estas sentencias primero buscan hacer justicia y luego —de modo innecesario, a mi juicio— profundizar en análisis teóricos que, cuando son referidas o interpretadas con escaso rigor, llegan a generar “jurisprudencia” disvaliosa. Valga aquí recordar que la exhibición de las contradicciones que he efectuado en modo alguno importa dudar de la justicia de las sentencias; lo que reafirma aún más lo que estoy sosteniendo.

**4.2.** Al solo efecto de poner un cierto orden en la cuestión me permito concluir, haciéndola mía por considerarla una muy clara formulación de lo que sería una suerte de “teoría general” sobre la materia, la ponencia que en su momento sostuviera Vítolo<sup>24</sup>:

“1) No puede predeterminarse como principio rígido y general la no justiciabilidad respecto de la decisión asamblearia que resuelve un aumento de capital;

2) El régimen excepcional que opera en los cuerpos colegiados, por el cual la voluntad mayoritaria forma la voluntad del ente social, a pesar de la existencia de una voluntad minoritaria, hace que las decisiones puedan ser en principio revisables por la justicia;

3) El principio de razonabilidad también comprende las decisiones societarias; en especial, cuando afecta los intereses de los socios;

4) No siempre es posible reparar íntegramente el daño causado a la sociedad o a sus integrantes, mediante el ejercicio de las acciones de responsabilidad;

---

<sup>23</sup> “Ruca-Mel S.A. c/Berger, J.”; (CNCom., sala B; 19/4/10; MJJ56296). Idéntica afirmación habría efectuado la Sala A en “Bestani de Nadra, Berta c/Golf Club Los Cedros” (2/12/82), contradiciendo lo luego dicho por ella en “O’Connell c/Roer Int.”, aunque con distinta integración.

<sup>24</sup> VITOLO, Daniel, “Aumento de capital: su justiciabilidad”, en “Vº Congreso...”, Huerta Grande, Córdoba 1992, t. II, págs. 329/336.

5) El recesso no es una vía común para canalizar las disidencias, sino un recurso excepcional”.

Por mi parte, agrego:

6) Para proteger judicialmente al derecho de preferencia no hace falta calificar el art. 194 LSC; ni como norma “de orden público” ni como norma meramente “imperativa”.

7) Para condenar la violación a los arts. 194 LSC y 197 LSC y restituir los derechos conculcados por ella, alcanza con la aplicación del art. 251 LSC —fundado en la violación de la ley, el estatuto o el reglamento— y la admisión de la eventual superación de su plazo de caducidad por razones ajenas a la negligencia o culpa del damnificado (arts. 509 in fine y 512 C. Civil). A tal efecto, además, el derecho nos proporciona múltiples institutos y posibilidades de recomponer la juridicidad dañada, como —sin pretender agotarlos— el de la necesaria causalidad lícita de las obligaciones (arts. 409 y 502 C. Civil)<sup>25</sup>, la ineficacia de la conducta dolosa o del ejercicio abusivo de los derechos para crear derechos a favor del infractor (arts. 932, 954 y 1071 C. Civil)<sup>26</sup>, la imposibilidad de aprovechar la propia mala fe contractual (art. 1198 C. Civil), la jerarquización de la costumbre como indicador de las conductas mercantilmente esperables y exigibles (Tít. Preliminar 2 y 5 y art. 218, inc. 6) C. Comercio), la trascendencia interpretativa y la obligatoriedad que emana de los propios actos y tantísimos otros principios jurídicos que impedirán la pérdida de derechos por causas que el concepto de Justicia de una comunidad repudia.

Dos últimas reflexiones: a) Si una parte formula una petición a la Justicia fundada en derecho y otra la resiste, resultan de obligada aplicación los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional, el art. 15 del Código Civil y las

---

<sup>25</sup> ¿Será obligatorio para los socios, conforme el art. 12 LSC, reconocer el nuevo capital y las consecuencias que de él derivan —como por ejemplo el despojo de su participación en el ente— si emana de una asamblea totalmente “clandestina” de hace tres meses y un día? El art. 502, C. Civil lo impediría.

<sup>26</sup> “Todas las veces que el titular de un derecho pretenda ejercerlo para servirse a propósitos reñidos con la buena fe, hay una desviación del poder jurídico que la norma ha otorgado en cuanto no media concordancia con la finalidad por la cual esta confiere aquellos poderes. En estos casos, el abuso de derecho se configura y es deber del juez poner coto a una conducta reñida con aquel principio señero del derecho”; CNCom, Sala B, 24/9/80, “Kraft Ltda. Guillermo c/Motormecánica S.A.”; La Ley 1982-A-82.

demás normas concordantes que —garantizando la protección judicial de los ciudadanos— imponen a los jueces la sustanciación del “debido proceso” y el dictado de una sentencia “declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo.....”<sup>27</sup>; y, b) Si el estatuto de una sociedad puede establecer la solución arbitral de las diferencias y conflictos originados entre socios y sociedad, o entre los socios entre sí, pactando sobre los temas “arbitrables”<sup>28</sup>, no parece coherente que la Justicia considere “no judicialable” —o sea no sentenciable— conflictos que sí puede resolver con atribución de *imperium* un tribunal privado ¿La justicia privada puede ser más servicial que la pública?

---

<sup>27</sup> Art. 163, inc. 6), C. Procesal Civil y Comercial. Además, “...es función indeclinable de los jueces el resolver las causas sometidas a su conocimiento, teniendo como norte el asegurar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional, sin que puedan desligarse de este esencial deber, so color de limitaciones de índole procesal...” (CSJN, 27/12/90; “Peralta, Luis c/ E.N.- Ministerio de Economía - BCRA s/Amparo; La Ley 1991-C, 158)

<sup>28</sup> Recuérdese la amplitud de las cláusulas y compromisos arbitrales comúnmente aceptados, como así también los arts. 736 y 758 del C. Procesal y el art. 1649 del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Com. dto. 191/2011), con actual estado parlamentario.