



NEUQUEN, 25 de agosto de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CENTRO OFTALMOLOGICO INTEGRAL C/ DAVIL OSVALDO JAVIER S/ EXCLUSION"** (EXP. N° 474263/2013) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 4 a esta **Sala III** integrada por el Dr. Fernando Marcelo **GHSINI** y el Dr. Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina **TORREZ**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el **Dr. Ghisini** dijo:

I.- La sentencia de grado de fs. 651/669, declara abstracta la demanda de exclusión y dispone que Centro Oftalmológico Integral SRL, liquide al Sr. Osvaldo Javier Davil el valor de las cuotas sociales del modo indicado en los considerandos respectivos e impone las costas de la acción de exclusión en el orden causado. A su vez, hace lugar parcialmente a la reconvenición y condena a la actora a pagarle al señor Davil, la suma resultante de liquidar los intereses de las prácticas que se cancelaron en este expediente en la forma señalado en los considerandos.

Dicha resolución es apelada por la parte actora a fs. 674 y por el demandado a fs. 675.

II.- A) Agravios del demandado Osvaldo J. Davil (fs. 682/698)

Invoca la inconsistencia técnica de la prueba pericial contable producida en autos, y solicita producción de prueba en la Alzada para que se designe un nuevo perito contador, en los términos del art. 260 inc. 2 del CPCyC.

Subsidiariamente, plantea la nulidad de la prueba pericial contable y que con la realización de una nueva pericia contable se dicte una nueva sentencia conforme a derecho. La referida la nulidad la fundamenta en que el perito oficial en ningún momento permitió la participación del consultor técnico propuesto por su parte, por falta de



notificación de la fecha que se podía consultar la documentación necesaria para el peritaje (art. 471 del CPCyC).

Señala, que en las distintas impugnaciones y aún en el alegato, su parte manifestó que la imposibilidad de participación por parte de su consultor, torna nula la labor realizada por el perito contador, y afecta en forma directa el debido proceso y la defensa en juicio, en atención a que no pudo tener acceso a la información para realizar su labor y revisión de la documentación.

Manifiesta que le causa agravio la sentencia en cuanto hace lugar parcialmente a la reconvención condenando al Centro Oftalmológico Integral S.R.L, a pagarle la suma de pesos resultante de liquidar los intereses de las prácticas que se cancelaron en este expediente del modo indicado en los considerandos, dentro de los diez días de quedar firme la determinación del monto.

Critica que la jueza interprete la existencia de tres reclamos en la reconvención, cuando en realidad son dos; y que sostenga que su parte no ha precisado qué operaciones eran las pendientes de liquidación cuando tenía mejor posibilidad de hacerlo, pues fue quién realizó las intervenciones.

Critica que se haya eximido a la contraria de rendir cuentas y que se aprueba la planilla de liquidación de fs. 155, que carece de todo sustento.

Considera que la jueza invierte la carga de la prueba, pues quién contaba con toda la documentación era la actora y además era quien debía rendir cuentas por administrar fondos ajenos y de los socios.

Menciona que en la reconvención reclama el pago de la deuda que le debía el Centro Oftalmológico Integral, que según el balance de la actora ascendía a la suma de \$121.249,09, con más sus intereses desde que cada suma fue



devengada por haber sido abonadas por la Asociación de Clínicas a la actora, hasta su efectivo pago a su parte.

Afirma que la jueza entendió que se trataba de dos reclamos, cuando en realidad era uno solo, consistente en la deuda consolidada (previa revisión que debía realizar el perito contador) y reconocida al 31/12/2012 con el balance.

En relación a este punto, dice que el perito debía determinar la fecha en que el COI percibió esas sumas por parte de la Asociación de Clínicas, para luego liquidar los intereses hasta el pago parcial percibido en autos y el saldo a liquidarse de los intereses hasta su efectivo pago.

Sostiene que el segundo planteo consiste en el reclamo de las practicas del mes de enero y febrero de 2013 (ya que el demandado se retiró de la sociedad el 5/02/2013), consistente en 17 cirugías, no incluidas en el balance por ser posteriores al cierre del ejercicio, y que fueron liquidadas por la Asociación de Clínicas durante los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2013, que la actora no abonó a Davil, y cuyo monto bruto ascendía a la suma de \$66.469,98.

Destaca, que respecto de estas cirugías el juez rechaza el reclamo manifestando que era obligación de su parte probar y determinar su monto, a pesar de que él acompañó planillas que no fueron impugnadas ni desconocidas por la contraria, en donde se detalla: obra social, paciente, cirujano, ayudante y el monto total (bruto).

Indica que de lo expuesto por la actora en la contestación de la reconvenición, se desprende que ambas partes están de acuerdo en que se adeudaba la suma bruta de \$66.469,98 y que debían descontarse los items pactados, circunstancias que desconoce el sentenciante al decir que no estaban probadas.

Aduce, que en la planilla de liquidación que presenta la actora a fs. 155 y que fuera impugnada por su parte, constan estas cirugías de enero-febrero de 2013 en la



suma neta de \$35.909,99, pero no se dice cuando fueron abonadas por la Asociación de Clínicas, por lo que esta fue una de las tantas razones por las que su parte impugnó la misma.

Como **segundo agravio**, expone que sobre el análisis del pago que realiza en el expediente la actora y la liquidación presentada a fs. 155, la jueza llega a conclusiones totalmente erróneas y arbitrarias.

Expone, que la a quo aprueba la liquidación que presentó la demandante en su totalidad, sin tener en cuenta las impugnaciones realizadas por su parte.

Agrega, que según balance al 31 de diciembre de 2012 no existían créditos pendientes a favor de la sociedad que adeudara el Sr. Davil, por lo que entiende que si le faltaban percibir consultas médicas que debía coparticipar a la sociedad, reclamadas a las obras sociales con anterioridad al cierre del balance, debían estar contabilizadas en el mismo.

Menciona, que el único argumento que expresa el juez es que la sociedad tenía derecho a compensar créditos, eximiéndola de manera arbitraria de acreditar la compensación.

Sostiene que más grave aún es que la actora, al contestar la reconvencción no hace mención a créditos pendientes de cobro de períodos anteriores al 31/12/2012, ni posteriores a esa fecha.

A modo de conclusión, manifiesta que de la contestación a la reconvencción surge que "En concreto, el reconviniente Davil funda su contrademanda en la deuda que mantiene mi poderdante por honorarios facturados y aún no percibidos, que se encuentran reflejados en el balance de la empresa. Estos mismos honorarios son los que mi mandante ha reconocido de manera expresa en su demanda y que serán abonados al Sr. Davil a medida que sean pagados por las Obras Sociales, verdaderos deudores de la relación jurídica". De lo



expuesto se desprende que el actor reconoce todas y cada una de las pretensiones de la reconvención.

A pesar de ello, el fallo desconoce este reconocimiento expreso de la actora y sostiene bajo argumentos arbitrarios que no están probados los reclamos ni las practicas por parte del demandado. La carga de la prueba correspondía a la actora, ya que reconoció todos y cada uno de los reclamos pero no acreditó su defensa: "Que todas las obras sociales no habían pagado, verdaderos deudores de la relación jurídica".

A su entender, quedó debidamente acreditado: a) Que el COI le debe a Davil la suma de \$121.294,02 (el perito debía auditar si esa deuda era la correcta); b) Que el COI debe las prácticas de los meses de enero/2013 y 5 días del mes de febrero de /13; y cuyo monto bruto era de \$66.469,98; c) Que al 31/12/2012, los créditos y las deudas entre las partes estaban compensadas quedando un saldo a favor de Davil de \$121.294,02.

Manifiesta que en el juicio quedaba por dilucidar: 1) si en la deuda que reconoce el COI en el balance, están todas las prácticas realizadas por el Dr. Davil; 2) Cuándo percibió el COI de la Asociación de Clínicas las prestaciones realizadas por el Dr. Davil al 31/12/2012?; 3) En su caso, si se las abonó al Dr. Davil; y si la respuesta es negativa o hubo mora, desde que fecha le adeudaba y a cuánto ascienden los intereses?; 4) Cuando percibió el COI de la Asociación de Clínicas las prestaciones realizadas por el Dr. Davil durante los meses de enero/2013 y hasta el 5 de febrero de 2013?; 5) En su caso, si las abonó al Dr. Davil; y si la respuesta es negativa o hubo mora, desde que fecha le adeuda y a cuánto ascienden los intereses?

Refiere, que está claro que la Asociación de Clínicas le abonaba directamente al COI, y a éste le cabe la prueba de cuando las percibió o no.



Sin perjuicio de ello, afirma que su parte ofreció la prueba pericial para acreditar que es falso el argumento de la actora de que no había percibido las prestaciones por parte de las obras sociales, y que utilizó los fondos para financiar sus propios gastos, cuando debía habérselos pagado a Davil.

Cuestiona la forma en que se impusieron las costas, ya que si bien la actora reconoce adeudar al Sr. Davil la suma de \$121.294,02, supedita su pago a la existencia de exclusión del socio, cuando correspondía abonar la misma a medida que la asociación de clínicas pagara esas prestaciones, conforme lo acordado entre los socios.

Alega, que al contestar la reconvencción la actora cambia su postura y dice textualmente: "que serán abonados al Sr. Davil a medida que sean pagados por las Obras Sociales, verdaderos deudores de la relación jurídica". Dice que se aplica aquí el principio "a confesión de parte relevo de prueba" y que fue necesario promover la reconvencción para que se abonen esas prestaciones.

A fs. 714/719 la accionante se opone a la apertura a prueba en esta instancia, funda su postura en antecedentes de esta Cámara.

Expresa que tampoco el planteo de nulidad de la pericia resulta procedente, atento a que el acto probatorio ha sido largamente consentido por el apelante, ello en función del art. 169 del Código Procesal.

Por último, contesta los agravios y solicita su rechazo con costas.

II.- B) Agravios de la parte actora (fs. 704/713)

Critica que se haya declarado abstracta la pretensión de exclusión de socio solicitada por su parte; que se ordene pagar intereses respecto a las sumas oportunamente abonadas por su mandante en concepto de honorarios médicos a favor del demandado; que distribuyan las costas por su orden;



y que se impongan las costas por mitades en relación a la reconvencción del demandado.

En relación al primer agravio, dice que hubo una violación a la norma y doctrina legal del art. 91 de la Ley 19550.

Así, expone que su mandante demandó al Sr. Davil en función de la voluntad social de excluirlo como socio y conforme al modo "judicial" previsto por la ley 19550, pero el juez negó la validez y aplicación de dicha norma, otorgando en su lugar una facultad de renunciar al demandado que ni la ley ni el contrato le conceden, privando a su representada de ejercer su derecho de excluir al miembro cuya conducta es contraria a la sociedad.

Aduce, que la exclusión fue resuelta por los demás socios que conformaban la sociedad en la asamblea del 4 de enero de 2013 y que los motivos que llevaron a resolver la exclusión del socio fueron las irregularidades llevadas a cabo en su facturación, ocultando prácticas realizadas en el Centro Oftalmológico Integral SRL.

En función de doctrina que cita, dice que la exclusión decidida por el órgano de gobierno de la sociedad no es operativa por sí misma sino que precisa necesariamente de una resolución judicial.

Califica de débil y contrario a lo dispuesto por el art. 91 de la Ley N° 19.550, el argumento utilizado por la jueza para declarar abstracta la cuestión.

Considera, que la sola manifestación de voluntad de retirarse por parte del socio excluido, no torna improcedente la acción de exclusión del art. 91 de la Ley 19550. En primer lugar, porque para que proceda la resolución parcial del contrato social debe observarse la norma mencionada y en segundo lugar, porque de la Ley de Sociedades no surge ninguna causa legal que autorice a un socio a renunciar o a apartarse de la sociedad por su simple voluntad,



salvo que tal causal este expresamente prevista en el contrato conforme art. 89 de la Ley de Sociedades.

Señala que los testimonios rendidos demuestran la existencia de conflictos entre los socios, ante las irregularidades llevadas a cabo en su facturación, ocultando prácticas realizadas en el COI, incumpliendo acuerdos expresamente reconocidos por el demandado. Se acreditó en el proceso la conducta del accionado, por los testigos y mediante la confesión realizada por el Sr. Davil en la asamblea extraordinaria de fecha 7 de diciembre de 2012.

Apunta, que en ese marco no cabe sino concluir en la pérdida de affectio societatis que expresa el demandado y el fallo, es la consecuencia jurídica de la "justa causa" que consideraron los socios mayoritarios cuando decidieron la exclusión del Sr. Davil, como medida y modo de poner fin al conflicto.

Argumenta, que la mejor prueba de la falta de abstracción del pleito es que el demandado, si bien en los hechos ya no concurre, ni desarrolla actividades en la sociedad, sigue figurando como socio en los registros legales y contables de su mandante por ello es el tribunal el que debe ordenar su remoción de la persona jurídica.

En segundo lugar, califica de improcedente la aplicación de intereses sobre los montos cancelados. Dice que la sentencia rechazó la reconvención, con excepción de la pretensión de percibir intereses respecto de la suma cuyo cobro gestionaba la sociedad con las Obras Sociales y que dio en pago en el marco del trámite judicial, por lo que, entiende que al no existir un plazo para el pago, dicha pretensión resulta improcedente.

Señala, que frente a la ausencia de plazo no puede calificarse legalmente de mora, por ende causar derecho a intereses. Y que la ausencia de facturas o contrato, de plazo de pago entre partes, fue debidamente acreditado en la



pericia contable (fs. 408) y por ende la pretensión de intereses no surge sino hay plazo de pago.

Destaca, que en el caso el Sr. Davil con el COI no tenía plazo de pago ajustado y ni siquiera el primero intimó su pago o presentó una factura donde consignara sus servicios y cuantificación, por lo que no corresponde el pago de intereses.

En tercer lugar, se agravia por el modo en que fueron impuestas las costas, toda vez que no se han respetado las constancias de la causa y el éxito de los planteos de cada una de las partes.

En cuanto a las costas por la pretensión de exclusión de socio, sostiene que la interposición de la acción de exclusión resulta imprescindible debido que, de no haberlo hecho en el breve plazo establecido por el art. 91 de la Ley 19550, ya no hubiera podido iniciarla por haber caducado el derecho a hacerlo. Por lo que, advierte que la interposición de la acción respondió exclusivamente a la conducta del demandado y ante los hechos que configuraron la justa causa para su exclusión.

En cuanto a las costas de la reconvención, dice que el fallo las impuso por mitades a pesar de haber rechazado la reconvención salvo con respecto a los intereses.

Asevera, que de ese modo viola el principio objetivo de la derrota y de ponderar correctamente el resultado, debió imponerlas según las reglas del artículo 71 del Código Procesal Civil y Comercial, que habilita a distribuir prudencialmente las costas en proporción al éxito obtenido por las partes.

A fs. 721/730 el demandado reconviniendo, contesta la expresión de agravios, y solicita su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de los agravios formulados por el señor Osvaldo Javier Davil, debo decir en



relación a la solicitud de apertura a prueba en esta instancia, que la doctrina tiene dicho: "esta potestad otorgada a las partes es de interpretación restrictiva pues si no se ajusta a ninguno de los dos casos especificados en la norma legal aplicable se debe denegar el replanteo formulado; el planteo debe efectuarse en forma similar a lo que ocurre tratándose de un memorial o expresión de agravios, formulando una crítica razonada de la resolución sobre el particular y señalando los errores cometidos. De la correlación entre los arts. 260 inc. 2 y 379 y 385 del CPCCN, se infiere que el replanteo de prueba sólo es viable cuando hubiere habido negativa a proveer pruebas o cuando la negligencia decretada no fuera oportuna; ello supone que quién formula tal petición haya ofrecido prueba en primera instancia en su debida oportunidad y no exista, por parte del requirente negligencia, mora, desidia o desinterés en la producción de ella..." (Marcelo López Mesa, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - T II, pág. 1036/1038- ed. La Ley).

En igual sentido, esta Cámara tiene dicho que la apertura a prueba en segunda instancia es de carácter excepcional y su interpretación es restrictiva (PS.1986-II-235/236; PS.1988-I-98/99, Sala II; PS.1991-III-561/564, Sala I; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal", IV-365). Así, el replanteo de prueba en la Alzada no debe ser instrumento del descuido, demora, desidia o desinterés en el requerimiento oportuno o el diligenciamiento de los medios probatorios perdidos, de modo que sólo tendrán cabida cuando la decisión que denegó la prueba se deba a un error, negativa injustificada o negligencia decretada inoportunamente (JUBA7-NQN-Q0002671).

En el mismo sentido se ha sostenido que su procedencia es excepcional y se funda, principalmente, en que el Juez de grado no haya resuelto correctamente la cuestión planteada. Además, el criterio de admisibilidad de la misma



debe ser restrictivo, por cuanto importa retrotraer posibilidades que tienen una oportunidad prefijada. Por otra parte, si la cuestión pudo ser debatida con anterioridad y esto no ocurrió por la inactividad de los interesados no corresponde abrir a prueba en la Alzada (PS. 1994-I-38/40-Sala I)(JUBA7-NQN- Q0000350).

Consecuentemente, considero que, sin perjuicio de las distintas impugnaciones efectuadas por el apelante y su manifiesta disconformidad con la pericia y las respuestas brindadas en diferentes oportunidades por el perito, el replanteo de la pericial contable en esta Alzada resulta improcedente, pues la pericia y las respuestas del profesional actuante resultan suficientes para la resolución de esta litis.

En lo que respecta al planteo de nulidad de la pericia contable, fundado en el art. 471 del Código Procesal, diré que si bien el artículo en cuestión expresamente dispone: "La pericia estará a cargo del perito designado por el Juez. Los consultores técnicos, las partes y sus letrados podrán presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que consideren pertinentes", observo que en autos, más allá de que el contador no haya informado debidamente la fecha, hora y día en que analizaría la documentación para emitir su dictamen, el recurrente ha tenido debida participación a través de las impugnaciones ensayadas, como así en la audiencia llevada a cabo en la instancia anterior, situación ésta que amerita rechazar la nulidad. Ello así, máxime cuando el dictamen ha podido ser debidamente cuestionado por el apelante y el perito, más allá de la disconformidad del quejoso, ha tenido que brindar las explicaciones pertinentes del caso, en función de sus diferentes requerimientos a lo largo del transcurso de la causa.



Por otra parte, de considerarlo pertinente, debió promover el correspondiente incidente de nulidad sin convalidar las actuaciones posteriores, ni la providencia que ordenaba su tratamiento para el momento del dictado de la sentencia, pues la falta -ante requerimiento de parte- del cumplimiento de la indicación del día, lugar y hora de realización de la pericia contable, es una cuestión de tinte procesal (art. 169 y siguientes del CPCyC) a la cual se le aplican las disposiciones contenidas en los artículos 175 y siguientes del ordenamiento adjetivo.

En función de lo expuesto, rechazaré el pedido de nulidad de la pericia contable practicada en autos.

Sentado lo anterior, corresponde ingresar de lleno a lo que constituye la queja del accionado, y conforme lo sostiene en su contestación de agravios la parte actora, resulta dificultoso entender de manera clara y concreta sus agravios.

Así, en relación al crítica que realiza sobre la carga de rendir cuentas, debo decir que cuando se cuestiona una planilla de liquidación como la adjuntada en autos por la reconvenida a fs. 165/166, la carga de la prueba relativa a su falta de precisión, error numérico, etc., está a cargo de quién la impugna, por lo tanto, no corresponde confundir la obligación de rendir cuentas con la carga de la prueba respecto de actos que se encaminan a cuestionar precisamente una liquidación realizada sobre la base del reclamo efectuado por el recurrente, debido a que una cosa es rendir cuentas y otra distinta es cuestionar las consideraciones volcadas en oportunidad de practicar la planilla de liquidación, pues en este último caso, la carga de la prueba estaba en cabeza del impugnante.

Por otra parte, el hecho de que la documentación de las prácticas médicas esté en poder de la SRL, de manera alguna impide que se requiera dicha documentación (art. 387 y



siguientes del CPCyC), a fin de que la parte interesada pueda cotejar la misma y así efectuar -con ayuda del consultor técnico respectivo- las consideraciones que entienda pertinentes.

En lo que respecta a la pretensión de percibir intereses, observo que la mora en este caso no se produce en forma automática, sino que para constituir en mora a la Sociedad, el recurrente debió intimar a su pago desde la fecha en que cada suma le fuera debida, cuestión que no ha sido acreditada en autos. Tampoco se han producido informes sobre las fechas en que la Asociación de Clínicas efectuara los pagos, o en el caso de pago de consultas, cuando lo hicieron las respectivas Obras Sociales, por lo tanto, no resultan procedentes.

Asimismo, dentro del primer agravio, el demandado hace referencia a un segundo reclamo de su reconvención, relativo al pago de honorarios por las cirugías realizadas en los meses de enero y febrero de 2013, sin embargo no reclama el pago de un capital distinto al percibido en el expediente, sin perjuicio de los intereses reconocidos en la sentencia.

En cuanto segundo agravio, si bien el demandado cuestiona nuevamente de manera genérica la planilla de liquidación practicada por la actora y aprobada judicialmente, no refuta en forma seria y acabada los argumentos centrales tenidos en cuenta en la sentencia, referidos a la compensación de créditos y deudas que el mismo reconoce.

Asimismo, la planilla de liquidación se encuentra avalada con la documentación glosada a fs. 293/346, 562/645 y con la pericia contable producida en autos, por lo que la sentencia en este aspecto resulta correcta al determinar el monto de capital, de conformidad con la planilla de liquidación practicada a fs. 165/166, a favor del Dr. Osvaldo J. Davil.



Vuelve luego sobre el monto de la deuda cancelado por la actora y se queja por la falta de información sobre los intereses, cuestión ésta que ya ha sido abordada párrafos más arriba.

En cuanto al agravio relativo a las costas de la reconvencción, diré que corresponde su confirmación, en función de que ambas partes han revestido el carácter de actor y demandado y han colaborado durante el transcurso de la litis - más allá de las diferencias conceptuales plasmadas en sus agravios- para resolver dos cuestiones que han sido el fundamento troncal de dichos reclamos. Así, la cuestión relativa a la exclusión ha sido declarada abstracta; y por otro lado, el reclamo del capital del Dr. Davil fue abonado por la actora reconvenida voluntariamente durante el transcurso de la litis, a excepción de los intereses que han sido reconocidos en la sentencia.

Además, la conducta observada por los litigantes a los fines de mitigar sus conflictos, amerita también que las costas por el rechazo de la reconvencción sean por mitades, como bien interpreta la jueza de grado, por lo que propondré su confirmación.

En otro plano, en sus agravios el Centro Oftalmológico Integral cuestiona que la jueza haya declarado abstracta la cuestión relativa a la demanda de exclusión del socio Osvaldo J. Davil, pues entiende que, en primer lugar, en función de lo dispuesto por el art. 91 de la Ley de Sociedades, para que proceda la resolución parcial del contrato debe observarse la norma mencionada; y en segundo lugar, porque de la ley de sociedades no surge ninguna causa legal que autorice a un socio a renunciar o a apartarse de la sociedad por su simple voluntad.

Sobre el punto en cuestión, prestigiosa Doctrina se ha pronunciado del siguiente modo: "La necesidad de una sentencia judicial que resuelva la exclusión del socio no



autoriza a sostener, como lo ha resuelto nuestra jurisprudencia, en forma equivocada, que la promoción de la demanda y el dictado de la misma resulten indispensables, aún en el caso que el socio infractor acepte la decisión social que ha resuelto promoverle la acción judicial de separación forzosa...si partimos de la idea de que la resolución parcial por exclusión sólo puede ser ordenada judicialmente, pareciera que el órgano de gobierno de la sociedad no podría adoptar un acuerdo que tenga virtualidad resolutoria. Sin embargo, nada obsta a que en este acto, si el socio infractor acepta la desvinculación de la sociedad y el pago del valor de su parte, ello no pueda ser concretado, a la espera de una acción y resolución judicial que carece de sentido. Ese acuerdo tendrá todos los efectos del art. 1197 del Cód. Civil, y se producirá en consecuencia, un supuesto retiro voluntario del socio, cuya admisibilidad no puede ponerse en dudas..." (Ricardo Augusto Nissen, Ley de Sociedades Comerciales, 2da edición, Ed. Ábaco de Rodolfo Desalma, T°2, pág. 189/190).

En autos las partes son contestes que el Dr. Osvaldo Javier Davil se encuentra desvinculado de la sociedad, situación ésta que torna improcedente la pretensión de que se dicte una sentencia de exclusión, pues la cuestión, como bien se señala en la instancia de grado, ha devenido abstracta.

Por tanto, no corresponde ordenar judicialmente la exclusión de un socio que con anterioridad al dictado de la sentencia se encuentra excluido de la sociedad, pues el pronunciamiento carecería de contenido al ordenar excluir a quién ya se encuentra voluntariamente apartado.

Los argumentos del apelante en torno a que la exclusión del socio implica una modificación del contrato social y por lo tanto, corresponde dictar una sentencia judicial, no revisten mayor análisis, ya que el órgano de Gobierno de la sociedad puede perfectamente aceptar la desvinculación plasmándolo en un acuerdo que tenga virtualidad



resolutoria, cumpliendo con los pasos legales y formales procedentes a los fines de que dicho acuerdo pueda ser oponible a terceros ajenos a la sociedad.

Por lo expuesto, el agravio será rechazado, debiendo en consecuencia confirmarse la sentencia de grado en cuanto declara abstracta la cuestión, ello sin perjuicio de que la sociedad lleve adelante los mecanismos pertinentes para plasmar la desvinculación formal del señor Osvaldo Javier Davil, para excluirlo de los registros legales y contables de la sociedad.

En cuanto a los agravios relativos a los intereses que ordena aplicar la sentencia de origen, adelanto que le asiste razón a la actora, y a fin de no ser reiterativo, me remitiré a los argumentos expuestos en tal sentido, en oportunidad de tratar los agravios del Dr. Davil, relativos precisamente a la aplicación de los mismos.

Por ello, propiciaré al Acuerdo que se deje sin efectos la parte resolutoria de la sentencia (punto III, fs. 668 vta.), en cuanto ordena liquidar los intereses en la forma determinada en los considerandos.

En relación al resultado obtenido, el agravio relativo a las costas será rechazado, debiendo confirmarse la imposición dispuesta en la instancia de grado.

En lo que respecta a la imposición de costas en partes iguales por la reconvencción, si bien es cierto que la reconvencción ha sido rechazada, entiendo que las costas por mitades impuesta en la instancia anterior debe mantenerse.

En efecto: a los fines del reconocimiento del capital reclamado (cuyo depósito y pago se efectuó durante el transcurso de estas actuaciones y no antes) hizo de alguna manera necesario que se ventilaran las cuestiones suscitadas entre el socio y la sociedad en sede judicial, situación ésta que más allá del resultado obtenido con el dictado de la



sentencia, justifican que las costas hayan sido impuestas por mitades, por lo que propiciaré su confirmación.

Por lo expuesto, es que dichos agravios serán rechazados.

Teniendo en cuenta el resultado arribado, y el espíritu de colaboración observado por ambas partes durante el transcurso de la litis y principalmente en la audiencia llevada a cabo en esta instancia, según constancia de fs. 737, y más allá de su resultado, las costas de segunda instancia serán impuestas por su orden.

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo que se modifique la sentencia de fs. 651/669, en cuanto ordena practicar intereses, confirmándola en todo lo demás, con costas de Alzada por su orden, conforme lo dispuesto en el párrafo anterior, difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

TAL MI VOTO.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

I.-Que si bien habré de adherir al voto que antecede en cuanto confirma la sentencia que dispone que en la etapa de ejecución se proceda a cuantificar el valor de la parte del socio demandado que deja de pertenecer a la sociedad, en disidencia propiciaré que la condena disponga la expresa exclusión con justa causa; de igual forma, la parcial procedencia de la reconvención por \$157.203,08, con más intereses.

En atención a la naturaleza de los rubros pretendidos por las partes y la forma en cómo prosperaron, cargarán recíprocamente con las costas generadas a la contraria (art. 68, 1er. párrafo del CPCyC).

II.- En primer lugar hallo razón a la crítica que introduce la parte actora cuestionando la decisión que tuvo por abstracta la exclusión de socio, considerando que, sin



perjuicio de la consistencia de la doctrina citada por el vocal del primer voto, en el caso procede se disponga su reconocimiento judicial luego de haberse acreditado los presupuestos fácticos a tal fin, conforme las expresas prescripciones de los arts. 91 y 92 de la L.S.C, ante la ausencia de una previsión o modalidad regulada en el contrato social.

Que en tal sentido se acreditó que por Asamblea del día 29.01.2013 (fs. 18/21), el demandado fue excluido como socio al reprochársele haber ocultado sus ingresos a la sociedad cuando ello había sido convenido expresamente a los fines de cubrir su giro conforme resoluciones asamblearias fundadas en el uso, goce y usufructo de los bienes sociales, y se habían fijado el 25% de los honorarios cobrados y derivados de consultas médicas, además del 40% por intervenciones quirúrgicas que se realizaran en la sede.

Aquello considerado justa causa para adoptar la resolución, no fue rebatido por el demandado; por el contrario su responde sólo se enfoca en justificarse, admitiendo que al no atenderse sus planteos relacionados con aportes y distribución de los ingresos "decidió compensarse con algunas operaciones médicas realizadas" (fs. 106 va, 2do. Párrafo); a partir de ello, no se puede inferir otra hipótesis de conducta de que lo implementó directamente sin anoticiamiento expreso previo.

Lo cierto es que tampoco recurrió a vía alguna para acordar la modificación de las resoluciones sociales que consideraba injustas, y tal proceder, como también reconoce el excluido (fs. 104/105), se vincula a la pérdida de affectio societatis, entendida como la predisposición de los integrantes de una sociedad de actuar en forma coordinada para



obtener el fin perseguido en su objeto, postergando los intereses personales en aras del beneficio común.

Sin embargo, la ausencia de este requisito por sí solo no conduce a la resolución parcial del contrato social; y es que su exteriorización debe ser a través de actos concretos que, como en el caso, fueron evaluados por los socios para justificar la justa causa de la exclusión, conforme los términos del art. 91 de la LSC.

La norma citada prevé que:

"Exclusión de socio. Cualquier socio en las sociedades mencionadas en el artículo anterior, en los de responsabilidad limitada y los comanditados de las de en comandita por acciones, puede ser excluido si mediare justa causa. Es nulo el pacto en contrario.

"Justa causa. Habrá justa causa cuando el socio incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones. También existirá en los supuestos de incapacidad, inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil, salvo en las sociedades de responsabilidad limitada.

Extinción del derecho. El derecho de exclusión se extingue si no es ejercido en el término de noventa (90) días siguientes a la fecha en la que se conoció el hecho justificativo de la separación.

Acción de exclusión. Si la exclusión la decide la sociedad, la acción será ejercida por su representante o por quien los restantes socios designen si la exclusión se refiere a los administradores. En ambos supuestos puede disponerse judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se persigue.



Si la exclusión es ejercida individualmente por uno de los socios, se sustanciará con citación de todos los socios."

En definitiva, el planteo apelativo de la actora no es más que la mera aplicación de la norma; a su vez, la forma abierta que utiliza la ley, que sólo requiere "justa causa", impone recurrir a la "acción de exclusión" luego de que la sociedad resuelve tenerla por configurada.

Y no podría ser de otra forma, atento los efectos que acarrea la decisión según el 92 LSC, de indudable impacto en la misma sociedad y, fundamentalmente, los terceros:

- 1) El socio excluido tiene derecho a una suma de dinero que represente el valor de su parte a la fecha de la invocación de la exclusión;*
- 2) Si existen operaciones pendientes, el socio participa en los beneficios o soporta sus pérdidas;*
- 3) La sociedad puede retener la parte del socio excluido hasta concluir las operaciones en curso al tiempo de la separación;*
- 4) En el supuesto del artículo 49, el socio excluido no podrá exigir la entrega del aporte si éste es indispensable para el funcionamiento de la sociedad y se le pagará su parte en dinero;*
- 5) El socio excluido responde hacia los terceros por las obligaciones sociales hasta la inscripción de la modificación del contrato en el Registro Público de Comercio.*

Conforme el marco factico y jurídico expuesto, atendiendo al principal agravio de la actora, procede entonces revocar la decisión de grado y decretar la exclusión del socio



demandado con justa causa conforme lo resuelto por la asamblea del 29 de enero de 2013 y como fecha de efectivización el 05 de febrero del mismo año, tal lo admitido por las partes.

Como anticipara, las costas se impondrán al accionado en su calidad de vencido (art. 68 del CPCyC).

III.- En relación al agravio por el que el reconviniendo cuestiona la decisión de grado que rechazó su demanda por pago de honorarios impagos por \$121.294,09 y los devengados por haber realizado 17 cirugías en el mes de enero de 2013 por un monto de facturación de \$66.469,98, resulta que, como bien lo destaca y habré de coincidir, no fueron controvertidos los antecedentes en que se fundaron las pretensiones, tratándose de créditos expresamente reconocidos por la actora y que en definitiva procede admitirlos, sólo que limitando su cuantificación a la suma de \$157.203,08, conforme a que:

a) La prueba de la que resulta el crédito por honorarios correspondientes a períodos anteriores al 31.12.2012 lo constituye el propio balance social cerrado en dicha fecha (fs. 25/41) que incluye como deuda de la sociedad y a favor del reconviniendo por la suma de \$121.294,09 con aval de la Nota N° 2 de los Estados Contables- 2.6 Otras Deudas - Socios Cuentas Particulares".

Y lo expuesto resulta simple aplicación del régimen contable y el valor probatorio de las registraciones que preveía el anterior Cód. de Comercio al regular sobre los libros de comercio (arts. 53, 63 y conc.), por los que éstos constituyen prueba en contra del dueño, estén o no en forma, sin admitir prueba en contra; tal regulación se equipara al actual art.330 del CCyC que establece: "La contabilidad, obligada o voluntaria, llevada en la forma y con los



requisitos prescritos, debe ser admitida en juicio, como medio de prueba. Sus registros prueban contra quien la lleva o sus sucesores, aunque no estuvieran en forma, sin admitírseles prueba en contrario. ... "

Tal rubro se confirmará luego también al ser incluido en la "LIQUIDACION" que la actora acompañada a fs. 152, donde consigna los honorarios del reconviniente "A DICIEMBRE/12 SEGÚN BALANCE A COBRAR" por \$121.294,09.

Que en segundo lugar, resulta improcedente reconocer a la actora la posibilidad de aplicar descuentos o retenciones a tal monto con fundamento en el art. 1818 Código Civil, conforme planteo de fs. 155, y en el mismo sentido la nota de fs. 152 ("EL SALDO QUE CONSTABA EN EL BALANCE DEL COI SRL AL 31-12-2012 SE HA REDUCIDO EN FUNCION A QUE EL PROFESIONAL HA VENIDO COBRANDO A TRAVES DE LA PLANILLA DE ASOCIACIONES DE CLINICAS PARTE EL DINERO QUE LE CORRESPONDIA AL COI. ...") considerando que debe existir igualdad entre el marco fáctico o presupuesto de hecho desarrollado por el pretensor y el contenido en la decisión judicial, y en punto a ello, el régimen de compensaciones nunca fue incluido como objeto de la litis y su admisibilidad acarrearía la tacha de incongruencia de la sentencia, porque toda extralimitación importa viola la defensa en juicio (arts. 58 y 63 Const. Provincial).

A su vez, el art. 34 CPCyC, al tratar de los "Deberes y facultades de los jueces", expresa que: "Son deberes de los jueces:... 4) Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia", mientras que el art. 163 inc. 6 del mismo cuerpo normativo regula que 6° La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte...".



Alvarado Velloso considera a la congruencia procesal como la más importante regla de juzgamiento, bajo la denominación más abarcativa de "*correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado*", considerando que "ella indica que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido y resistido por las partes" y que "para que una sentencia no lesione la garantía constitucional de la defensa en juicio, debe ser siempre congruente", enumerando seguidamente los casos de vicio de incongruencia (*citra petita, extra petita, ultra petita e incongruencia interna*)" (El debido Proceso de la Garantía Constitucional" Pag. 286, Edit. Zeus).

Aquellas cuestiones que no fueron objeto de reclamo no corresponde deducirlas del ofrecimiento de prueba, pues de aceptarse la tesitura contraria, representaría la violación del principio de congruencia, según el cual la sentencia sólo puede pronunciarse sobre aquellas materias planteadas en los escritos constitutivos del proceso (Conf. Sumario N°14783 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 18/2002). DE LUCA, Marta Susana c/ MARCO, Marcelo s/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Sentencia Definitiva - CNCIV - Sala C - Nro. de Recurso: C342818 - Fecha: 19-07-02 - Vocal Preopinante: GALMARINI).

Transgrede el principio de congruencia (arts. 34, inc. 4. y 163, inc. 6, del Código Procesal) la decisión que excede el límite de las peticiones contenidas en la pretensión u oposición, concediendo o negando más de lo reclamado por las partes (CNCyCF, sala III, 11/08/1995, Link Beatriz Alicia c. Duprat Jorge Hernan y otro s/ cese de oposicion al registro de marca (SAIJ, sumario D0011109) y fallos y doctrina allí citado: (CSJN, Fallos 258-15; 262-65; 274-296; 284-115; 295-1024; "in re": "Piccini, Silvia S. y otro c. Pcia. de La Rioja", del 14/10/92; CNCyCF, sala II, Causa 1474 del 18/11/82; PALACIO-ALVARADO VELLOSO, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado, jurisprudencial y bibliográficamente", t. 2, p. 133 y sigtes.; MORELLO, A. M.,



"Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados", t. II-C, p. 76 y sigtes.; etc.).

Se agrega que es el reconviniente el que lo advierte cuando a fs. 158/159, rechaza el planteo que incluye la liquidación, denunciando que la actora omitió hacerlo en forma documentada, no consignó las fechas en que fueron percibidos los honorarios de la obras sociales y a qué prácticas responden, y cuestionando haber realizado compensaciones y ajustes sin realizar una rendición a los fines de su control.

b) La misma solución cabe aplicar respecto al reclamo por honorarios derivados de las dieciseis (16) cirugías que la actora consigna en la planilla de fs. 152 como realizadas por el reconviniente en el período enero-febrero-marzo 2013 por \$35.909,99, monto descripto como crédito bajo el detalle "50% CIRUGIAS" de ENERO 18.745,00, FEBRERO 15.264,99 y MARZO 1.900,00.

Dado el mencionado reconocimiento formulado por la actora en su presentación de fs. 166 queda limitado su moto a lo allí admitido por ausencia de otra prueba específica, y a la vez alcanzado por los fundamentos enunciados en el punto anterior respecto al objeto procesal de la presente litis, y de ello la imposibilidad de aplicarle descuentos por compensación de créditos que la sociedad pretende a su favor.

c)En definitiva, la reconvención habrá de prosperar por la suma de \$157.203,08, resultante de sumar los rubros a) por \$121.294,09 y b) de \$35.909,99.-

d)En punto a los intereses, deberá seguirse el siguiente cálculo: el monto determinado en a) los devengará desde el 01 de enero de 2013 hasta el día en que se efectuó la transferencia del importe abonado al demandado -el 19.02.14- fs. 228-, a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, y también hasta esta última fecha se determinarán los



devengados por los montos mensualizados incluidos en b), principiando desde el 31.01.13, 28.02.13 y 31.03.13; de allí en adelante al saldo resultante del descuento de lo percibido se le aplicará la misma tasa hasta el efectivo pago, todo ello considerando la naturaleza del crédito y no haber mediado intimación anterior del actor.

e) Las costas por la reconvencción se imponen íntegramente a la actora en su calidad de vencida (art. 68, 1er. Párrafo del CPCyC).

IV.- Que habiendo quedado pendiente calcular el valor de la participación social en la ejecución de la sentencia, en dicha etapa se habrá cumplir de manera completa con el aporte de los estados contables y documentación respaldatoria de la sociedad que se vincule con los honorarios que tanto la actora como el demandado hayan percibido con posterioridad a la exclusión, complementándose con la información que cuenten sobre el particular las obras sociales y asociaciones médicas intermediarias acerca de lo liquidado y pagada a cada una de ellas.

Particularmente si como bien admiten las partes, las obras sociales abonar con demora los honorarios de los profesionales, estimando que se mantendrá este flujo conforme nota agregada a fs. 153 al 03.10.2013 por la que "LAS PRACTICAS QUE REALIZO EL DR. DAVIL HASTA EL 05-02-2013 (FECHA EN QUE CESO SU TRABAJO EN EL COI) SON LIQUIDADAS CON ATRASO, ESPECIALMENTE LAS QUE CORRESPONDEN AL ISSN. ESAS LIQUIDACIONES SE DEPOSITAN EN CUENTA DEL DR. DAVIL, EL LAS COBRA MENSULAMENTE Y SOBRE DICHOS MONTOS AL COI LE CORRESPONDE EL 25% SEGÚN LO ACORDADO Y QUE CONSTA EN ACTAS. ESTAS LIQUIDACIONES SEGUIRAN TENIENDO VALORES AL COBRO PARA EL COI HASTA QUE SE COBREN TOTALMENTE LAS OBRAS SOCIALES CORRESPONDIENTES AL PERIODO TRABAJADO POR EL DR. DAVIL EN EL CENTRO DE OJOS".



V.- Por todo lo expuesto, con parcial confirmación de la sentencia de grado, se habrán de receptor de igual forma los recursos de las partes, y propiciar al acuerdo que:

1.- Haciendo lugar a la demanda de la actora, se dispone que la exclusión del socio accionado es con justa causa con los alcances estipulados en el punto II, confirmándose que en la ejecución de sentencia se cuantificará el valor de la cuota parte del socio siguiendo las pautas fijadas por la juez de grado; y para que en la misma etapa se cumpla con lo ordenado en el punto IV;

2.- Haciendo lugar a la reconvenición, condenar a la actora a pagar al reconviniente la suma de \$157.203,08 dentro del plazo de diez días que notificado, con más intereses fijados, conforme el punto II.

VI.- Atento a la naturaleza de las pretensiones de las partes y la forma en cómo prosperaron, cargarán recíprocamente con las costas generadas a la contraria (art. 68, 1er. párrafo del CPCyC).

VII.- Por la intervención en el proceso de exclusión y determinación del valor de la cuota societaria, para la instancia de grado, se regulan los honorarios para los letrados de la actora, Dres. ... y ..., el primero como apoderado, en la suma de \$ 15.000,00 y 35.000 respectivamente, y para los Dres. ... y ..., patrocinantes del demandado, en la suma de \$ 16.500 para cada uno (art.s 6, 7, 8.9, 10, 11, 15, 37, 39 s.s. y cc. De la Ley 1594).

Por la intervención en la reconvenición, para la instancia de grado, se regulan los honorarios tomando como base el monto de la condena, comprensivo de capital e intereses estimados, fijando los de los Dres. ... y ...,



patrocinantes del reconviniente en la suma de \$ 18.000 para cada uno, y los correspondientes a los letrados de la actora, Dres. ... y ..., en la suma de \$ 13.000,00 y 32.000 respectivamente (art.s 6,7,8.9,10, 11, 37, 39 s.s. y cc. De la Ley 1594).

Fijar en el 30% de los señalados en los dos puntos anteriores la retribución para los mismos profesionales por su actuación en la Alzada (art. 15 Ley 1594).

Los honorarios del perito contador tasador se regularan en la forma de práctica.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el **Dr. Jorge PASCUARELLI**, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Ghisini, adhiero al mismo.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

RESUELVE:

- 1.- no hacer lugar al pedido de prueba en Alzada.
- 2.- Confirmar en lo principal la sentencia dictada a fs. 651/669, modificándola en cuanto ordena practicar intereses, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
- 3.- Imponer las costas de Alzada por su orden (art. 68 2º apartado del C.P.C.C.).
- 4.- Diferir la regulación de honorarios de Alzada para su oportunidad.
- 5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA