

IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES ASAMBLEARIAS

Romina Depaoli¹

RESUMEN

La voluntad de las sociedades anónimas se manifiesta a través de las decisiones del órgano de administración y del órgano de gobierno. La reunión de accionistas adquiere el carácter de asamblea cuando se convoca de acuerdo a lo establecido por la ley y los estatutos, cumpliendo con todas las formalidades legales. Cuando las decisiones se adoptan conforme a todos estos requisitos, son obligatorias tanto para la sociedad como para todos los accionistas. Sin embargo, cuando estas decisiones se ven afectadas por algún vicio, dichas decisiones podrán ser impugnadas por los sujetos legitimados, generando la nulidad del acto jurídico. En el presente trabajo se analizará el artículo 251 de la Ley General de Sociedades y los problemas vinculados a su aplicación en las Sociedades Anónimas.

Palabras Clave: impugnación, asambleas, mediación, nulidad, sujetos legitimados, aumento de capital.

¹ Especialista en Derecho Empresario. Especialista en Sindicatura Concursal. Auxiliar de Docencia del Departamento de Ciencias de la Administración, Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca, Argentina). Romina.depaoli@uns.edu.ar

1. INTRODUCCIÓN

La Ley General de Sociedades (en adelante LGS) adopta la teoría del órgano mediante la cual, en cada una de las sociedades que contempla la norma, se presentan las funciones orgánicas de gobierno, de administración y de fiscalización.

En las Sociedades Anónimas, los órganos sociales están claramente diferenciados y cada función es ejercida por un órgano específico. La expresión de la voluntad social mediante la asamblea de accionistas, tiene sustento en la teoría del órgano².

La asamblea de accionistas no es un órgano permanente, sino que ha de constituirse y funcionar en virtud de la convocatoria del órgano competente –por regla general, el directorio- y el incumplimiento de este precepto es causal de remoción de los integrantes de los órganos de administración y fiscalización de la sociedad.

La competencia de la asamblea de accionistas en ningún caso puede ser suplida por decisiones de los otros órganos de la sociedad, en tanto sus facultades son indelegables y en consecuencia exclusivas de ésta.

En el fallo Noel³ del año 1995, la Cámara argumentó –con referencia a lo expuesto por Farina en su libro *“Tratado de las Sociedades Comerciales”*- que en el caso *“el órgano de administración se arrogó facultades propias de la asamblea y a través de ellas violó la ley y el estatuto social, dejando inermes a los accionistas minoritarios”*. Entendiendo que el directorio, excedió sus atribuciones al actuar ejercitando una facultad exclusiva de la competencia de la asamblea. Por las mismas razones, *“no puede la asamblea de accionistas invadir esferas reservadas a otros órganos sociales, habiéndose sostenido que los vicios de competencia generan nulidades absolutas, inconfirmables e imprescriptibles”*.

² VÍTOLO, Daniel R.: *Manual de Sociedades*, expresa que “la teoría del órgano sustituyó a la doctrina del mandato que contenía el Código de Comercio derogado en lo que hace a la fundamentación de la naturaleza de la administración societaria. Según esta teoría del órgano aplicada a la administración de la sociedad, los representantes estatutarios de la sociedad, a diferencia de los representantes voluntarios, no expresan su propia voluntad en nombre y representación de la sociedad, sino que son portadores de la propia voluntad de la persona jurídica”.

³ CNCom., Sala B, 19/05/95, en autos “Noel, Carlos. M.M. y otros c/Noel y Compañía SA s/sumario”.

Como regla general la convocatoria a asamblea de accionistas es competencia del órgano de administración, sin embargo la LGS también le otorga legitimidad al órgano de fiscalización –consejo de vigilancia o sindicatura en su caso- para *“convocar a asamblea extraordinaria, cuando lo juzgue necesario y a asamblea ordinaria o asambleas especiales, cuando omitiere hacerlo el directorio”*.

A su vez, *“los accionistas que representen por lo menos el cinco por ciento (5%) del capital social y siempre que los estatutos no fijaren una representación menor, pueden requerirle al directorio la convocatoria a asamblea”*.

Cuando el accionista requiera la convocatoria, *“debe indicar en la petición los temas a tratar, y el directorio o síndico convocará a la asamblea para que se celebre en el plazo máximo de cuarenta (40) días de recibida la solicitud. Si el directorio o la sindicatura omitieran la convocatoria que solicitó el accionista, entonces podrá requerirla mediante autoridad de contralor o judicialmente”*.

La jurisprudencia⁴ ha entendido que, ante el cumplimiento de los recaudos sustanciales y formales establecidos por la ley, en aquellos casos en que el órgano de administración o fiscalización no cumpla con la convocatoria solicitada, los accionistas solicitantes podrán recurrir al juez con competencia en la materia y peticionar a este la convocatoria, quien deberá proceder a convocar directamente, sin dar traslado de la pretensión a la sociedad, haciendo solo conocer al directorio la fecha de la asamblea, así como la designación del funcionario que presidirá el acto.

Una vez que se efectúa la convocatoria a asamblea entonces, se debe proceder a la publicación de edictos en el Boletín Oficial y si se tratare de una sociedad anónima comprendida en el artículo 299 de la LGS, se deberá publicar también en un diario de amplia circulación en la República.

El artículo 237 de la norma establece que la publicación del orden del día debe efectuarse por cinco días, con diez de anticipación a la celebración de la asamblea y no más de treinta, cuando se tratare de asamblea en primera convocatoria

⁴ NISSEN, Ricardo A.: *Curso de Derecho Societario*. cit., p 479. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2015. El autor haciendo referencia a la jurisprudencia cita los fallos de la CNCom., Sala D, 10/9/80, “Fried de Goldring, Milka c/ Cadfil S.A.”; ídem Sala D, 4/12/91, “Nievas, Osvaldo c/ Fernifé S.A.”; ídem Sala C, 25/6/93, “Manzini, Gustavo y otros c/Industrias Elastom S.A.”; ídem Sala A, 12/8/94, “Cuevas Cabrero, Leonidas c/ Instituto Materno Infantil Siglo XXI S.A.”; ídem Sala D, 7/6/95, “Rivas, Víctor Daniel c/ Integrarse S.A. s/Sumario”.

y por tres días, con ocho de anticipación como mínimo, cuando se tratase de asamblea en segunda convocatoria, la cual debe celebrarse dentro de los treinta días de fracasado el acto asambleario en primera convocatoria, debiendo tenerse presente que, siempre con el ánimo de facilitar la celebración de las asambleas, el legislador autoriza la convocatoria simultánea de asambleas en primera y segunda convocatoria, siempre y cuando el estatuto lo autorice expresamente, y si la asamblea fuere citada para el mismo día, la celebración del acto en segunda convocatoria deberá hacerse con un intervalo no inferior a una hora de la fijada para la primera.

Sin embargo esta estricta formalidad no se justifica ante sociedades cerradas de dos socios o más, y ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina que entiende que basta con la mera comunicación personal fehaciente al domicilio constituido por los accionistas de la sociedad para cumplir con el requisito de la convocatoria a asamblea.

Inmediatamente la norma, deja establecido en su artículo 238 que aquellos accionistas que pretenden participar en la asamblea de accionistas oportunamente convocada, deben comunicar su voluntad de asistencia con no menos de tres días de anticipación a la fecha de la celebración de la asamblea, por medio fehaciente, para su inscripción en el libro de Registro de Accionistas y Asistencia a Asamblea.

La carga que importaba para aquellos accionistas propietarios de acciones al portador de presentar y depositar sus títulos a la sociedad, con tres días de anticipación, quedó sin vigencia a partir de la sanción de la ley 24587 que establece la conversión de pleno derecho de todas las acciones en títulos nominativos no endosables, por lo que hoy día basta con la comunicación fehaciente de la voluntad de cada accionista de participar en la asamblea.

Previo al comienzo del acto asambleario, los accionistas o representantes que asistan, deben firmar el libro de asistencia en el que se dejará constancia de sus domicilios, documentos de identidad y número de votos que les corresponda.

La asamblea puede sesionar válidamente, si reúne el quórum necesario previsto por la norma y los estatutos sociales. Este quórum puede ser reducido en segunda convocatoria, mecanismo por el cual el legislador ha intentado favorecer la celebración de las asambleas. De esta forma entonces, las asambleas ordinarias que requieren la presencia de accionistas que representen la mayoría

de las acciones con derecho a voto en primera convocatoria, pueden celebrarse en segunda convocatoria cualquiera sea el número de acciones presentes, en tanto de otra forma podría llegar a quedar sin resolver vgr la aprobación de los balances de ejercicio, la gestión de los administradores y la designación de éstos ante el vencimiento de su mandato.

Otro asunto no menor, es que las asambleas deben celebrarse en la sede o en el lugar que corresponda a la jurisdicción del domicilio social. Sin embargo, esto ha traído algunas contradicciones, pues en el fallo Mannina S.A.⁵ que se desarrollará más adelante, la Cámara condenó la conducta de la sociedad por tanto sostiene que “la reunión no fue llevada a cabo en el domicilio social de la demandada, sino en sus oficinas”.

Las deliberaciones deben estar dirigidas por el presidente de la asamblea, cargo que en principio y salvo disposición en contrario del estatuto, estará a cargo del presidente del directorio o su reemplazante, o en su caso por la persona que la misma asamblea designe. La salvedad que establece la norma, se da en aquellos supuestos en que la asamblea fuese convocada por el juez o por la autoridad de contralor, en cuyo caso será presidida por el funcionario que estos designen.

Nissen explica el texto de la norma en su artículo 241 entendiéndolo que *“durante la celebración del acto asambleario, todos los accionistas gozan del derecho de voz, incluso los titulares de acciones preferidas sin derecho a voto. Asimismo, gozan del derecho de voz los directores no accionistas, los síndicos o miembros del consejo de vigilancia y los gerentes generales, quienes no obstante, no pueden emitir su voto en todas las decisiones vinculadas con la aprobación de los actos de su gestión o en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causas”*.

Entre otros recaudos establecidos por la norma, nos encontramos con que los accionistas o representantes que tuvieren un interés contrario al de la sociedad, si bien pueden participar en la deliberación del tema, deben abstenerse de votar en los acuerdos relativos a aquélla. Otro tema importante vinculado a los temas que se someterán a debate, tiene que ver con el hecho de que la asamblea de accionistas no puede decidir sobre cuestiones no incluidas en el orden del día, salvo que: se encontraren presentes los accionistas que representen la totalidad del capital y la decisión fuere aprobada por la totalidad de los accionistas con derecho a voto –asamblea unánime-; se trate de la resolución y/o promoción de

⁵ CNCom., Sala A, 9/12/14, en autos “Martínez, Susana B. c/Mannina SA s/diligencia preliminar”.

acciones de responsabilidad contra los directores o síndicos –cuando ella es consecuencia directa de una resolución incluida en el orden del día- o cuando se trata de la elección de los encargados de firmar el acta que necesariamente deberá labrarse.

Queda establecer entonces, que las decisiones asamblearias para que resulten válidas, deben reunir la mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión –salvo que el estatuto establezca un número mayor- en el caso de las asambleas ordinarias; y para el caso que se trate de una asamblea extraordinaria, las resoluciones deben ser adoptadas por la mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija un número mayor, y el caso previsto como supuestos especiales en el cuarto párrafo del art. 244 de la LGS⁶.

Las decisiones que surjan como consecuencia de las asambleas que cumplan todos los recaudos establecidos por la norma, son obligatorias para las partes, la sociedad, los socios y los restantes órganos, y deben ser cumplidas por el directorio.

2. IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES ASAMBLEARIAS

Las decisiones adoptadas en la asamblea de accionistas, de conformidad con la ley y el estatuto, obligan a todos los socios en tanto constituyen la manifestación de la voluntad social, salvo en aquellos casos concretos en que los socios pueden optar por ejercer el derecho de receso establecido por la norma.

Sin embargo, cuando la decisión adoptada es ilegítima, contraria a los intereses de la sociedad o adoptada en beneficio de un grupo de accionistas en detrimento de otros, la ley prevé una regulación específica para promover la acción de nulidad contra dicha decisión.

⁶ Ley 19550. *Ley General de Sociedades Comerciales*. Artículo 244. Supuestos Especiales: “Cuando se tratare de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero, del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en la primera cuanto en segunda convocatoria, *las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto*. Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se regirá por las normas sobre aumento de capital”.

Parece lógico pensar que no deben ser obligatorias y vinculantes las decisiones que no se adopten respetando las disposiciones legales y estatutarias, en tanto los socios no estarían expresando legítimamente su voluntad. Incluso con la posibilidad de ejercer el derecho de receso, es necesario que los socios puedan promover la acción de nulidad contra dichas resoluciones.

Con todo lo expresado, podemos establecer que la promoción de la acción de nulidad debe estar cuidadosamente regulada en la ley en tanto no debe haber dudas de que los motivos que llevan a promover la misma tienen un fundamento inobjetable.

Antes de continuar resulta necesario mencionar que la declaración de nulidad se rige por el *principio de trascendencia*, principio por el cual *no hay nulidad por la nulidad misma*⁷ sino que debe expresarse el perjuicio sufrido por el peticionante y las defensas que no ha podido oponer⁸, debe existir un interés jurídico protegido suficiente para que la nulidad sea declarada y no la mera invocación genérica de que se ha violado el derecho de defensa en juicio.

Si bien es claro que cuando la norma regula la impugnación de las decisiones asamblearias en su artículo 251, entendiendo que la demanda de ésta debe ser promovida contra la sociedad e iniciada por los accionistas afectados por dicha decisión, se ha debatido mucho entre la jurisprudencia y la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de la acción de nulidad.

2.1. Naturaleza Jurídica

La norma establece con claridad que la acción debe ser promovida por parte de los sujetos previstos en el artículo 251 –cuya legitimación activa para promover la acción de nulidad será analizada en el apartado siguiente- y contra la misma

⁷ En el fallo “*Vistalba S.A. y otros c/Banco de Galicia y Buenos Aires*”, pronunciado por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital federal (11/12/1986) se decidió que “...el pedido de nulidad de una decisión asamblearia formulado por los actores constituye un pedido de nulidad por la nulidad misma cuando en ningún caso aquellos podrían mediante el empleo del sistema de voto acumulativo en esa asamblea haber obtenido en la elección de directores y síndicos,...la elección de un solo miembro en aquellos órganos. ...En consecuencia, la sentencia nulificante no tendría ningún efecto práctico pues en una nueva votación y aun teniendo que cubrir el máximo de directores, la mayoría volvería a obtener idéntico resultado”.

⁸ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Artículo 172. Ley 17.454. Buenos Aires, 18 de agosto de 1981. Boletín Oficial, 27 de agosto de 1981. Vigente de alcance general. Id SAIJ: LNS0004592.

sociedad, sin embargo ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina y la jurisprudencia la naturaleza jurídica de la misma.

Dos posturas rigen en torno a esta discusión, por un lado aquellos que entienden que la norma se refiere a una acción social y en defensa del interés social, y aquellos que consideran que la acción se promueve motivada por un interés propio y personal del accionista impugnante.

Al respecto Nissen y citando el fallo “Arce, Hugo c/Los Lagartos Country Club S.A. s/nulidad de asamblea”⁹ considera que *“constituyendo la impugnación de las decisiones assemblearias como una acción social ut singuli, las alegaciones del orden del interés particular de los socios son audibles en tanto comprometan el plano de la legalidad sustancial, estatutaria o reglamentaria”*, el fallo –sostiene- se ajusta a derecho y la acción debe ser considerada como una acción social y no como una acción individual, pues –alega utilizando las palabras de Siburu- *“la ley no entiende favorecer directa o indirectamente el interés individual del socio, sino el de la sociedad, en la medida en que éste obra como órgano de defensa social, en salvaguardia de las bases fundamentales de la sociedad, que son el estatuto y la propia ley”*.

Roitman por otro lado, adhiere a la postura que sostiene que se trata de una acción social, pues lo único que está en juego –manifiesta- es la sociedad. El autor argumenta que *“el principio mayoritario es el que gobierna a la sociedad por acciones, y debe entenderse que sólo lesiona el interés de la minoría en tanto se hayan afectado por igual los intereses de todos los socios; por el contrario, si en beneficio del interés social una minoría debe soportar las consecuencias, no es que se hayan afectado sus derechos, sino que se ha defendido el interés social”*. Para Roitman, prima el interés social y la esencia de la sociedad por sobre la promoción de las acciones individuales, y con este argumento le basta para acreditar su postura.

Sin embargo la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial¹⁰, contraría con un sólido argumento lo sostenido por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia estableciendo que *“...cualquiera que sea la posición que se adopte sobre este aspecto, parece claro que –en los límites estrechos en que la situación puede actualmente juzgarse- la facultad que el ordenamiento societario confiere al juez para decidir la suspensión de los acuerdos sociales impugnados, persigue*

⁹ CNCom., Sala B, en autos “Arce, Hugo c/Los Lagartos Country Club”, del 04-05-95, ED, 163-258.

¹⁰ CNCom. Sala F, en autos “Eguiluz María Lucrecia contra Establecimientos Los Manantiales SA y otro sobre ordinario”, 28/12/2010, ‘Revista Electrónica de Derecho Societario N° 44 - Agosto 2011.

una doble finalidad de protección: conjurar el eventual perjuicio individual y evitar la consumación de actos lesivos del interés social –que en el caso, ciertamente, ha sido invocado-...”.

Balonas adhiere a esta postura e incluso sostiene que “...salvo en el supuesto, extremadamente raro en la práctica, en que la impugnación la promuevan uno o más directores, o el síndico, o el organismo de contralor, la acción de impugnación de asamblea es de carácter individual y no social”. Bajo el argumento mediante el cual el presupuesto de la acción es la violación de la ley, el estatuto o reglamento sigue: *“En la impugnación de asambleas habitual, el conflicto es entre el interés de un grupo minoritario y el del grupo mayoritario que, asamblea mediante, se ha transformado en voluntad social. El accionista impugnante no procura – o al menos no necesariamente- tutelar el interés social, sino el propio al que la mayoría se impuso en forma ilícita”.*

Los motivos expresados por Balonas en los que también entiende que *“cuando se discute, como ocurre en la impugnación de la asamblea, sobre el apego a la ley de determinada decisión, poco importa si el interés social prevalece o no sobre el individual, ya que si la decisión es contraria a la ley, la misma debe ser anulada, aunque el interés social se vea beneficiado. Y para ello basta con que exista un accionista que tenga legítimo interés para plantearlo, aunque tal interés sea el suyo personal”.*

Este logrado argumento se condice con la postura que también sostuvo la Sala E, en el fallo Palmeiro¹¹, por el cual le habían vedado el derecho de información al accionista actor, en tanto no pusieron a su disposición con la antelación suficiente los estados contables de la demandada. Y a pesar de que la asamblea había decidido la aprobación de dichos estados contables la Cámara entendió que *“No obsta a la solución propuesta el hecho de que el socio no haya logrado demostrar durante la sustanciación de este pleito que las cuentas sobre las que dice que hubiera requerido información complementaria hayan adolecido de alguna irregularidad. Ello dado que no es éste el supuesto para la procedencia de la acción incoada, sino que basta con demostrar, como entiendo que lo hizo, la vulneración de su derecho a acceder a la información contable”.*

¹¹ Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Cámara Comercial - Sala C, 19/4/2017, expediente COM 005106/2011/CA001. “Palmeiro, Guillermo César c/ Posta Pilar SA s/ Ordinario”.

2.2. Sujetos Legitimados para Promover la Acción

Respecto del legitimado pasivo de la acción, no cabe ninguna duda que la promoción de la acción de nulidad se dirige respecto de la misma sociedad, sin embargo cuando nos referimos al legitimado activo, debemos considerar varios supuestos en cuanto a los sujetos que pueden promover dicha acción.

Sin dudas los primeros legitimados activos a los que refiere la LGS para promover la acción de impugnación son los accionistas diferenciado a aquellos que no hubieran votado favorablemente en la respectiva decisión, luego aquellos que incluso habiendo votado favorablemente la decisión impugnada, pueden demostrar que dicho voto resulta anulable por la existencia de un vicio de la voluntad, y finalmente a los accionistas que se encontraron ausentes en la asamblea y acrediten la calidad de socios al momento de la toma de la decisión.

La ley 22903 modificó algunos aspectos contenidos en el régimen original respecto de los legitimados activos: para los accionistas que hubieren votado favorablemente, solo refiere a éstos como legitimados activos cuando su voto es anulable por vicio de la voluntad, eliminando la última parte del texto original de la norma que establecía como condición que la norma violada fuera de orden público.

Así como hay accionistas que votaron favorablemente, deberíamos poner en consideración a aquellos accionistas que habiendo participado de la asamblea, se abstuvieron de votar en la misma. Aunque la norma no ha precisado ningún aspecto sobre éstos, es claro que la abstención implica no prestar conformidad a la decisión sometida a deliberación. Si la finalidad de la acción pretende asegurar la regularidad del acto asambleario, y producir efectos jurídicos vinculantes y obligatorios para todos aquellos sujetos sometidos a la decisión, entonces no cabe duda que la legitimación debe extenderse también en este supuesto.

Farina hace un análisis minucioso sobre los accionistas que se abstienen de votar, por el cual entiende que la ley habla de votos “que puedan emitirse”, por lo que las abstenciones deben ser computadas. Según establece “si bien a los fines del cómputo, la abstención vale como voto en contra, deben distinguirse ciertos efectos. Así como para la acción social “*ut singuli*” solo podrá ejercerla el oponente efectivo, para la impugnación de la decisión asamblearia podrán hacerla efectiva tanto el oponente como el que se abstuvo de votar”.

Para aquellos accionistas que estuvieron ausentes, en oportunidad de celebrarse la asamblea que llevo a tomar la decisión sujeta a impugnación, la reforma estableció como requisito para promover la acción, que revistan la calidad de accionistas al momento de la asamblea.

Balonas sostiene que la acreditación del carácter de accionistas al momento de la asamblea tiende a *“evitar situaciones abusivas que se daban antes de la vigencia de la actual redacción de la norma, cuando se apreciaba que personas sin ser accionistas al momento de realizarse el acto asambleario adquirirían las acciones al solo efecto de demandar la nulidad y en muchos casos lucrar vendiendo las acciones adquiridas al grupo controlante a un mayor valor, usando como medio para lograrlo el juicio de impugnación, que así se volvía extorsivo”*.

Respecto de los Directores, más que facultados para promover la acción importa una carga obligatoria para ellos. El cargo del Director debe ser efectivo al momento en el cual se promueve la acción y en caso de remoción posterior del director de alguna manera hace cesar la legitimación ya que, como señala la mayoría de la doctrina¹², *“resultaría muy sencillo para la sociedad remover ad nutum al director bajo el mismo régimen de mayorías asamblearias con que tomó la decisión impugnada para enervar la acción judicial”*.

Si el directorio omitiere promover la acción de nulidad, resultará pasible de responsabilidad sin poder ampararse en la obediencia debida a la asamblea en tanto por sus funciones de administración y por aplicación de lo normado en el artículo 59 de la LGS¹³, tiene la obligación activa de promover el cumplimiento de la ley, el estatuto y reglamento.

Dicha responsabilidad no proviene de haber votado favorablemente una decisión declarada nula –pues si lo hicieren, su actuación debe ser juzgada como accionistas y no como funcionarios- sino por el hecho de haber ejecutado o controlado la ejecución de dichos acuerdos.

Al respecto de esta responsabilidad, sostiene Nissen que el director disidente que haya promovido la acción de nulidad del acuerdo asambleario nulo, queda

¹² VÍTOLO, Daniel R.: *Manual de Sociedades*, cit. p 634. Editorial Estudio S.A. Buenos Aires, 2016.

¹³ Ley 19550. *Ley General de Sociedades Comerciales*. Artículo 59 “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

fuera de la responsabilidad prevista por en el artículo 254, pues aun cuando ellos tienen la obligación de promover la acción de nulidad, su incumplimiento no les generará necesariamente responsabilidad, si participaron en la decisión del órgano de administración que resolvió ejecutarla, dejaron constancia escrita de su protesta y dieron noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie a los sujetos previstos en el párrafo final del artículo 274 de la LGS.

La reforma de la LGS, agrega también a la lista de legitimados activos, a los miembros del consejo de vigilancia –en el texto original de la norma solo estaba prevista la legitimidad para la sindicatura- para promover la acción de nulidad, con el mismo carácter imperativo que para los directores, en tanto son órganos de fiscalización interna que deben pronunciarse respecto de la legalidad de la actuación de los demás órganos de la sociedad en defensa del derecho de los socios.

Si bien la ley no ha exigido que los accionistas tengan un determinado porcentaje de acciones para iniciar la acción de nulidad, para el caso en que la autoridad de contralor deba promoverla, se deducirá teniendo en cuenta que, si se trata de las denominadas sociedades cerradas, la intervención del organismo de contralor se producirá cuando fuera solicitada por los accionistas que representen el diez por ciento (10%) del capital suscrito y cuando lo requiera cualquier síndico, limitándose su actuación a los hechos invocados por los peticionantes. Igualmente podrá impugnar la decisión asamblearia cuando lo considere necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público. En el caso que se tratare de una sociedad abierta¹⁴, la posibilidad impugnatoria resultara más abarcativa.

Halperin también ha considerado que los terceros afectados particularmente por la decisión, como podrían ser los acreedores debenturistas, los tenedores de bonos convertibles, los titulares de bonos de goce y participación, fundadores y otros, en tanto la decisión asamblearia los alcance configurando un perjuicio, pueden promover la acción de nulidad. Incluso Nissen, acatando esta opinión y con sustento en la norma de fondo y en la aceptación por parte de la doctrina y la jurisprudencia, entiende con mayor amplitud que los terceros legitimados son *“todos aquellos que tengan interés en hacerlo, para el caso de que el vicio que afecte a ese acto sea de nulidad absoluta”*.

Sin embargo esta legitimación que asiste a los terceros, debe obrar con reserva a aquellos sujetos que enumeraba Halperin y que están relacionados con la

¹⁴ Las sociedades abiertas están contempladas en la LGS en su artículo 299.

sociedad en determinadas ocasiones, ya que si estuvieran fuera de los casos mencionados, carecen de ese derecho en tanto gozan de las acciones correspondientes derivadas de la relación jurídica en que intervinieron.

2.3. Plazo para promover la Acción de Nulidad

La LGS en el mismo artículo 251 establece un plazo de 3 meses para interponer la acción de nulidad, ante el juez del domicilio y computados desde la clausura de la asamblea. Y aunque la redacción parece lo suficientemente clara, surgen de su análisis algunos aspectos que resulta muy importante analizar.

El artículo 251 de la norma tiene su antecedente en el Código Civil Italiano, cuya doctrina y jurisprudencia se pronunciaban en forma unánime admitiendo que el plazo de impugnación se trata de un supuesto de caducidad y no de prescripción. En nuestro país ocurre algo similar, Petrasso sostiene que *“las razones en que se sustenta esta posición aluden a la necesidad de disipar situaciones de incertidumbre o inseguridad, en un ámbito donde la trascendencia económica de este tipo de actos requiere seguridad y estabilidad en las decisiones adoptadas”*.

Entre las modificaciones que introdujo la ley 22903 el plazo para promover la acción fue una de ellas, reduciéndolo de 6 a 3 meses y estableciendo su cómputo, ya no desde la última publicación respectiva sino desde la clausura de la asamblea.

En la propia Exposición de Motivos de la ley 22903 ¹⁵se estableció que *“se abrevia el plazo de caducidad de tres meses, computando la necesidad de dar seguridad a decisiones que se vinculan con la estabilidad de un sujeto de derecho que constituye, en definitiva, un orden jurídico de segundo grado; y se determina como punto de partida para la acción impugnatoria la clausura de la asamblea sin distinciones”*.

Si bien la norma no establece con claridad que se trata de un plazo de prescripción o de caducidad, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia entienden que el referido plazo es de caducidad y no de prescripción.

A la luz de este análisis, Otaegui se ha manifestado sosteniendo que *“cuando la ley fija un plazo para el ejercicio de un derecho sin explicitar si es de prescripción*

¹⁵ Exposición de Motivos Ley 19.550, capítulo V apartado 17.

o caducidad, la opción en uno u otro sentido debe efectuarse sin más orientación que la esencia de ambos institutos para elegir el que más cuadra”.

Roitman arriba a una conclusión destacada que ilustra la posición doctrinaria que adhiere al plazo de caducidad en tanto ésta *“se compadece con la naturaleza de los actos societarios, pues les otorga firmeza en un breve plazo y brinda seguridad jurídica para que la sociedad desarrolle sus actividades con certeza. Tal fundamento determina que el plazo de interposición de la acción de impugnación debe ser verificado ab initio del proceso judicial como requisito de admisibilidad formal”*.

Y aunque establecer la clausura de la asamblea como punto de partida para el cómputo del plazo pareciera lo más acertado, cabe preguntarse al respecto que sucede con aquellos accionistas que estuvieron ausentes y no hubieran tomado conocimiento del acta¹⁶. Sobre esta cuestión sigue Roitman *“el plazo no se interrumpe por falta de entrega del acta, la cuál debe ser confeccionada dentro de los cinco días posteriores a la clausura. El accionista que no obtiene el acta, posee diversos medios para interrumpir el plazo de caducidad, tales como la iniciación de una medida previa judicial tendiente a la obtención del instrumento, la promoción de la demanda indicando esa situación y solicitando la intimación para ser agregada, o la promoción de una acción independiente tendiente a obtener el acta sin perjuicio de la acción de impugnación”*.

2.4. La Ley 24573 y la Mediación Obligatoria

La ley 24573¹⁷ establece que debe someterse al trámite de mediación previa, a la acción de impugnación de las decisiones asamblearias.

Si bien la ley no obliga a alcanzar una solución del conflicto en la etapa de mediación, la disposición establece con carácter imperativo, que el procedimiento debe realizarse con anterioridad a la interposición de la acción de nulidad.

¹⁶ Ley 19550. Ley General de Sociedades Comerciales. Artículo 73: *“Deberá labrarse en libro especial, con las formalidades de los libros de comercio, acta de las deliberaciones de los órganos colegiados. Las actas del directorio serán firmadas por los asistentes. Las actas de las asambleas de las sociedades por acciones serán confeccionadas y firmadas dentro de los 5 (cinco) días, por el presidente y los socios designados al efecto”*.

¹⁷ Ley 24573. Mediación y Conciliación. Sancionada el 4/10/1995. Promulgada el 25/10/1995.

En el artículo 2 de la referida norma, establece las excepciones a las cuales no será de aplicación el proceso de mediación, sin estar contenido en ella a la demanda que se promueve con motivo de impugnar las decisiones assemblearias.

Esta decisión de dejar por fuera del ámbito de las excepciones al juicio de impugnación de las decisiones assemblearias fue arduamente criticado, en tanto resulta dificultosa su aplicación teniendo en cuenta que el plazo para promover la acción de impugnación caduca a los tres meses de clausurada la asamblea.

Frente a la compleja situación que produce el plazo de caducidad previsto por la norma y la obligatoriedad de agotar el procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, en el plenario Giallombardo¹⁸, se expidió la Cámara respecto a si la iniciación de trámite de mediación previa tiene efectos suspensivos sobre el plazo para deducir la acción de impugnación prevista en el artículo 251 de la LGS.

Duprat propone un análisis para interpretar la complejidad de la situación sosteniendo que *“la convocatoria plenaria nos enfrenta a un conflicto entre dos normas preferentemente válidas y vigentes, en aparente contraposición. Debemos llegar a una interpretación que, respetando la validez de cada una de las normas en juego, conjugue –eficientemente– tanto los intereses de la sociedad, como los del accionista impugnante y que, además, mantenga coherencia con el resto del sistema jurídico”*.

En una acertada interpretación de esta dificultad, Duprat propone *“analizar el plazo de impugnación de las decisiones assemblearias, ya no en aras de la eficiencia, sino de la coherencia”*.

Un problema que se genera a partir de la propia ley de mediación obligatoria viene dado por la disposición que sostiene que solo fracasada la mediación, podrá interponerse la acción judicial y que sin embargo, no fue el argumento sostenido por la Cámara en el fallo Natasi¹⁹, que desechó los argumentos relativos a que el inicio de la mediación – como mecanismo previo obligatorio a la demanda judicial- habría producido efectos suspensivos, equiparando la iniciación de la mediación obligatoria a la promoción de la acción de nulidad, concediéndole a la mediación, según entiende Duprat *“aptitud impeditiva de la caducidad contemplada por la norma en el artículo 251”*.

¹⁸ CNCom. Sala B, en autos “Giallombardo, Dante Néstor c/ Arredamenti Italiani S.A. s/ordinario”, 09/03/2007.

¹⁹ CSJN en autos “Nastasi, Grace Jane E. c. Aerolíneas Argentinas S.A.”, 16/10/2002.

A raíz de estas dificultades, es claro que la mediación obligatoria como un mecanismo para la solución de conflictos resulta inviable, pues atenta contra el espíritu previsto por el legislador al regular la acción de nulidad prevista en la LGS.

Y si bien la propia redacción del artículo 251 de la LGS pudo haber resultado insuficiente en tanto carece de una regulación específica sobre la naturaleza del plazo para la promoción de la acción, es claro que en los supuestos del artículo 2 de la ley 24573, debería incluirse a la demanda que promueve la acción de nulidad de las decisiones asamblearias, entendiendo la conveniencia de que el ente social pueda contar lo antes posible con la seguridad jurídica que precisan las decisiones del órgano.

En palabras del propio Duprat, *“la formalización de la pretensión que da origen al trámite de mediación –y las actuaciones consecuentes- opera como impedimento para poder deducir la acción impugnativa dentro del plazo de su caducidad”*.

3. CAUSALES DE IMPUGNACIÓN: LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y LAS DISPOSICIONES ACTUALES DEL CÓDIGO Y CIVIL Y COMERCIAL EN MATERIA DE NULIDADES

La promoción de la acción de nulidad de las disposiciones asamblearias, específicamente regulada en el ámbito societario, no había dado mucho lugar para la aplicación de las previsiones establecidas en el texto ya derogado del Código Civil en materia de nulidad. Nissen sostenía que *“las disposiciones del Código habían sido pensadas casi exclusivamente para los actos jurídicos bilaterales, y cuya consecuencia no es otra que la vuelta de las cosas a su estado originario, como si el acto viciado nunca hubiera sido celebrado. La aplicación del artículo 1050²⁰ del Código Civil afectaría legítimos intereses de los terceros que han contratado con la sociedad, para quienes las deficiencias que han afectado a la constitución de la sociedad o el regular funcionamiento de sus órganos son cuestiones que les resultan extrañas”*.

Teniendo en cuenta que la propia naturaleza del contrato de sociedad supone una actividad permanente del tráfico mercantil con los efectos que implica el desarrollo de una actividad organizada que le da origen a la persona jurídica sujeto

²⁰ Código Civil de la Nación. Ley 340. 1/1/1871. Título VI, Art. 1050 *“La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado”*.

de derecho, la aplicación de los principios generales previstos por el Código Civil, no generaban mayores inconvenientes cuando se trataba de cuestiones que estaban afectadas por un vicio que trae aparejada la nulidad absoluta –premisa que aún sostiene el actual Código Civil y Comercial- y que deben ser impugnadas en los términos de dicho ordenamiento. Persuadidos por esa idea –sostiene Balbín- *“se organizó un régimen de nulidad que se conceptúa acorde con esas circunstancias, teniendo en vista las soluciones dadas por la más moderna legislación comparada. La LGS impone un orden especial, particularmente en cuanto a los efectos de las nulidades, con aplicación solo supletoria del CCCN. Juicio que se refuerza si se tiene en cuenta que la LGS habla de nulidad o anulación –terminología del derogado Código Civil y que refuerza a recurrir al CCCN para determinar el alcance actual de ambas nociones-, y que la nulidad de las deliberaciones y decisiones assemblearias del artículo 251 de la LGS obedece a un régimen único que se aparta del general, establecido en el CCCN”*.

Habiendo sido, la nulidad societaria, sancionada con anterioridad a la Ley 26994 que reforma el Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, remite aún a los actos nulos y anulables, categorías que fueron suprimidas por el actual Código, que regula la nulidad del acto jurídico en el ámbito de la teoría de la ineficacia.

El nuevo texto del Código establece que los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su oponibilidad respecto de determinadas personas. Dicha nulidad puede sustanciarse por vía de acción u oponerse como excepción -sustanciándose en todos los casos- y puede ser absoluta, cuando los actos contravengan el orden público, la moral y las buenas costumbres, o relativa cuando el acto es sancionado solo en protección del interés de ciertas personas.

Con la premisa entonces, de que las decisiones assemblearias son obligatorias para sus socios siempre que no se hayan otorgado para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero, podemos decir que si se produce un vicio en la convocatoria a la asamblea, debería en principio considerarse la nulidad de ésta. Garo sostiene incluso, que *“las nulidades en materia societaria deben ser aplicadas con criterio restrictivo, reduciéndolas al mínimo en la posibilidad de que los actos impugnados hayan entrado en vía de ejecución, pues si se los anula se podría herir gravemente no sólo el interés de la sociedad, sino el de los terceros”*.

Para ello debemos tener en cuenta que la asamblea de accionistas es un acto formal *ad solemnitatem*, que debe permitir la participación de todos los accionistas y evitar el abuso por parte del grupo de control.

Cabría entonces concluir que los vicios en la convocatoria importan la promoción de la acción de nulidad en tanto los socios no hubieran podido concurrir a la asamblea, no hubieran podido ejercer el derecho de información o los demás derechos sociales que conllevan a formar la voluntad social.

Vítolo manifiesta que *“no cualquier omisión en la convocatoria o en el régimen de publicidad puede importar la nulidad de la totalidad de la asamblea pues la declaración de validez persigue proteger la violación de los derechos de los accionistas afectados y la seguridad jurídica del tráfico mercantil”*.

Sin embargo, estos requisitos formales exigidos para la que la convocatoria a asamblea tenga eficacia jurídica a veces se tornan demasiado estrictos. Así encontramos en el fallo *Mannina S.A.*²¹ el juez de primera instancia rechazó el pedido de declaración de nulidad promovido por un accionista, que alegaba un agravio fundado en la defectuosa publicación de edictos, en la cual por un error de tipeo en la denominación de la sociedad se leía “Manina S.A.” en vez de “Mannina S.A.”. Si bien el peticionante alegaba que el defecto de publicación tornaba nula la convocatoria porque les había impedido a los restantes socios ejercer sus derechos sociales en legal forma, nunca se llegó a establecer el perjuicio sufrido, ni como se vio vulnerado su derecho de defensa en juicio.

La Cámara sin embargo, declaró la nulidad de la asamblea llevada a cabo por la sociedad alegando que *“al haberse consignado erróneamente el nombre de la sociedad en el edicto publicado, aun cuando la diferencia consista en la omisión de una letra, tal deficiencia formal, agregada a que la reunión no fue llevada a cabo en el domicilio social de la demandada y a que se consignaba la carátula de un expediente con el mismo error en el nombre de la accionada, resulta invalida dicha convocatoria”*.

A pesar de que la formalidad cobra protagonismo en el mencionado fallo, y que otras consideraciones llevaron a los jueces a tomar dicha decisión, aún no se puede establecer con precisión cuales son los perjuicios ocasionados a los accionistas.

Molina Sandoval²² analizando el fallo *Clínica Laferrere*, sostiene que *“para impugnar la asamblea por vicios de convocatoria también debe impugnarse la decisión*

²¹ CNCom., Sala A, 9/12/14, en autos “Martínez, Susana B. c/Mannina SA s/diligencia preliminar”.

²² MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: Impugnación de Asambleas. La estrategia societaria y la adecuada canalización del conflicto societario. En el fallo de la CNCom. Sala D en autos “Paz Rodríguez, Jesús c/ Clínica Modelo Laferrere S.A. s/ordinario” confirmo la sentencia de primera instancia y sostuvo rechazar la impugnación de la asamblea realizada por vicios de

del directorio. Y aunque está claro que esto no surge de la LGS, nace del propio sistema jurídico y de la estabilidad de los actos jurídicos". Para el autor "en tanto no se declare la nulidad de la convocatoria a asamblea, el acto de convocatoria es válido; por esta razón si la decisión del directorio que convocó no ha sido impugnada, no puede cuestionarse formalmente la asamblea (por un vicio solamente formal)".

Suponiendo que las formalidades de la convocatoria a asamblea no se vean viciadas y cumplan estrictamente con los requisitos establecidos por la ley, el estatuto y el reglamento, aún nos queda analizar que sucede en los casos en que el vicio se manifieste durante la celebración de la asamblea.

Recordemos que el acto asambleario tiene un régimen propio de funcionamiento del cual se desprende que los vicios se pueden presentar en torno al *quórum* necesario para lograr las conformidades, a la representación de los accionistas y a su vez respecto de las cuestiones que hacen a la celebración de la asamblea vinculadas al derecho de los accionistas de deliberar y votar.

La doctrina y jurisprudencia se han manifestado en forma unánime respecto de la denominada "*prueba de la resistencia*" en tanto si la decisión de la asamblea se hubiese aprobado incluso sin tener en cuenta los votos que no deberían haber sido computados, la validez del acuerdo se mantiene. Y esto refuerza la teoría de que la nulidad constituye un poderoso recurso del sistema legal que debe ser utilizado entendiendo que debe primar el normal funcionamiento de los órganos sociales tendientes al efectivo desarrollo de la actividad de la sociedad y el cumplimiento del objeto social.

En el fallo *Cristiani*²³, la Cámara sostuvo que "*la presencia del quórum exigido por la ley, no es pura y exclusivamente un requisito constitutivo de la asamblea en la Sociedad Anónima sino además presupuesto indispensable para su regular funcionamiento y su inexistencia provoca la nulidad absoluta del acto por no haberse logrado la concurrencia de acciones con derecho a voto necesaria para constituir la asamblea. Siendo que sin quórum no hay asamblea, en todos los casos en que ésta quedó constituida con un quórum insuficiente, su consecuencia es la nulidad tanto*

convocatoria (falta de quórum en la decisión de convocatoria), si la decisión del directorio no se impugnó en forma conjunta con la decisión asamblearia. La celebración de la asamblea convocada por un número de directores inferior al quórum requerido puede ser subsanada por los votos de una asamblea regularmente integrada".

²³ CNCom Sala A, 18/2/1990, en autos "*Cristiani, Norma Neri c/ Cristiani S.A.I.C. e I. y otros s/ nulidad de asamblea, restitución de acciones*".

de la asamblea en sí misma considerada, como de las decisiones que se hubieran tomado, siendo absoluta la nulidad resultante”.

Podemos decir entonces que cuando se vulneran los principios referidos al quórum y régimen de mayorías, dichas irregularidades provocan la invalidez del acto asambleario.

Cuando la declaración de nulidad se produce en cambio por algún vicio en el contenido de la decisión social adoptada, por violentar ese acuerdo a la ley, el estatuto o el reglamento, cabe declarar la nulidad teniendo en cuenta el límite de la justiciabilidad.

La Sala B en el fallo Noel²⁴, sostuvo que *“los actos jurídicos dejan de ser tutelados por el ordenamiento legal cuando sus titulares, atrincherados detrás de los límites objetivos y meramente formales del precepto, se sirven de la ley para el logro de objetivos inconfesables. Se entra así, y de lleno, en lo que se ha dado en llamar el ejercicio antifuncional de las prerrogativas legales, aun cuando se intente cobijarse bajo una pretensión, aparentemente lícita, porque se hayan en juego, por una parte, el imperio de la buena fe, y por la otra, ese principio más general del ordenamiento jurídico, cual es que los derechos han de ejercerse sin derivar el fin del instituto, o sea, sin que medie abuso”.*

Nissen explica que si bien el principio mayoritario que gobierna a las decisiones asamblearias es el instrumento de expresión de la voluntad del interés de la sociedad, *“ello no significa que ese principio pueda convertirse en una herramienta dirigida a imponer un abuso del poder, tras la búsqueda de un fin particular que vulnere los derechos de quienes no se han adherido a contribuir a la formación de la mayoría”.*

3.1. La Impugnación de la Decisión Asamblearia cuando se aprueba un Aumento de Capital

Comenta Nissen que hasta el año 1989 –y salvo alguna opinión aislada de la doctrina- *“nuestra jurisprudencia no efectuaba ninguna distinción sobre la naturaleza o contenido de la decisión asamblearia atacada de nulidad, las cuales quedaban todas sujetas al régimen impugnatorio previsto por los artículos 251 a 254 de la ley 19550”.*

²⁴ CNCom. Sala B, 19/5/1995, en autos “Noel, Carlos M.M. y otros c/ Noel y Compañía S.A. s/ sumario”.

No fue entonces hasta el año 1989, que el fallo Pampagro²⁵ de la Sala D sentó jurisprudencia al declarar la nulidad de la decisión adoptada por la asamblea extraordinaria de aumentar el capital social. *La suscripción de las nuevas acciones emitidas por dicho aumento importaba un perjuicio, en tanto el no ejercer el derecho de preferencia motivaría una notable “licuación” de su participación accionaria en la sociedad, en beneficio de los “accionistas demandados”.*

Esa impugnación por nulidad fue admitida por la sentencia en revisión, fundamentándose la decisión anulatoria en dos situaciones vinculadas con la decisión de aumento de capital que *infringen la normativa legal: “en primer lugar, aparece vulnerado el derecho de información de los socios que surge de los artículos 67 y siguientes de la ley; y en segundo término, se advierte que el aumento de capital, al menos en la proporción dispuesta, carece de causa que lo justifique, lo cual infringe normas fundamentales del orden jurídico”.*

La decisión sobre la necesidad, conveniencia y oportunidad del aumento de capital social constituye una cuestión no justiciable. No se pone en dudas la decisión que adopte la asamblea tendiente al aumento de capital, siempre y cuando dicha decisión no resultare en perjuicio de un grupo de accionistas o infrinja normas fundamentales del orden jurídico –tal como justificaba la sentencia del fallo Pampagro–.

4. SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES ASAMBLEARIAS

El artículo 252 de la ley admite que se pueda suspender con carácter cautelar y a pedido de parte, una decisión adoptada por la asamblea toda vez que existan motivos graves y que no mediare perjuicio para terceros, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiera causar a la sociedad. No obstante, al tratarse de una medida cautelar o precautoria, se deben acreditar los requisitos que le son propios: verosimilitud en el derecho invocado, el peligro en la demora, prestación de contra cautela como garantía ante un posible daño y se podría mencionar también, el carácter de accesorio a un proceso principal.

Nissen entiende que *“este remedio previsto por el legislador, consiste en una medida cautelar específica para impedir la ejecución de las decisiones assemblearias*

²⁵ CNCom Sala D, 18/2/1990, en autos “Pereda Rafael c/ Pampagro S.A. s/ sumario”.

contrarias a la ley, el estatuto o reglamento, ante la posibilidad de que, de procederse el cumplimiento de tales acuerdos, pueda producirse un daño grave al patrimonio o al funcionamiento de la sociedad o al ejercicio regular de los derechos de los accionistas”.

En el fallo Brandes²⁶, nuestros tribunales sentando un importante precedente, sostuvieron que *“la suspensión provisoria de la ejecución de una decisión asamblearia tiende a mantener inalterable el status quo existente al momento de dicha resolución y no hace sino preservar la utilidad de un eventual pronunciamiento final favorable, evitando que se torne ilusorio el resultado buscado por medio del proceso”.*

La norma requiere la existencia de motivos graves que justifiquen la necesidad de paralizar la decisión adoptada por la asamblea. Guillermo Marcos sostiene que *“este recaudo se emparenta con los genéricos de todas las medidas cautelares, o sea, verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Ello así, por cuanto la presencia de los graves motivos puede no estar acreditada de modo pleno en esta instancia, sino que bastará el conocimiento superficial o periférico, ya que la probanza efectiva de tales extremos se encontrará reservada a la etapa de conocimiento. Y por otra parte, la existencia de tal motivo grave que deberá conjurarse con premura, no será otra cosa que el peligro en la demora; recaudo genérico de todas las cautelares”.*

Sin embargo, el hecho más relevante del artículo 252 –y que ha sido motivo de reclamo por los jueces en reiterados fallos– sin dudas lo constituye la prueba de la ausencia de perjuicio para terceros, y cuando nos referimos a dicho perjuicio debemos interpretarlo en sentido amplio, considerando tanto el perjuicio actual como el potencial. Si no hay indicios de perjuicio es innegable que debe concederse la medida, pues no debe cargarse en la actora la prueba de un hecho negativo.

Bajo una minuciosa lectura del artículo 252 en tanto expresa *“...la ejecución de la resolución impugnada...”*, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entienden que se aplica la medida cautelar en carácter accesorio de la acción principal que resulta ser la impugnación de la decisión asamblearia. Aunque otra parte de la doctrina entiende que no se debería sostener este fundamento en una interpretación literal, ya que la norma no expresa que deba haberse iniciado la acción de nulidad para que proceda la suspensión cautelar.

²⁶ CNCom., Sala A, 4/5/1994, en autos “Brandes, Pedro c/Labinca S.A. s/sumario”.

En contrario a esta postura, Marcos sostiene que *“no parece válida la imposición de un recaudo ausente en la ley que, además, contraría normas expresas de los códigos adjetivos. El artículo 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone que las medidas cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente”*.

4.1. Tratamiento de Estados Contables en Asamblea: Impugnación y Suspensión de las Decisiones que los Aprueban.

El tratamiento de los estados contables en asamblea, es uno de los puntos más relevantes en tanto reflejan la situación económica y financiera de la empresa, y se constituye como una especie de “rendición de cuentas” de la gestión del directorio dado que manifiestan la operativa de la sociedad durante un ejercicio económico.

Al respecto comenta Nissen, que la jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones estableciendo que *“las sociedades regulares no rinden cuentas a sus socios, sino que se “someten” a los estados contables confeccionados por el órgano de administración por medio de los cuales se ponen de manifiesto los resultados arrojados por la gestión empresarial”*.

La confección de dichos estados contables es entonces responsabilidad del órgano de administración y el derecho a la aprobación o impugnación de los mismos y a la adopción de resoluciones de cualquier orden a su respecto, es irrenunciable y cualquier convención en contrario es nula.

Incluso cuando la sociedad prescinda de sindicatura, el informe de auditoría anual debe contener un párrafo que manifieste la responsabilidad del directorio en la preparación y presentación razonable²⁷ de los estados contables.

Sin embargo esa responsabilidad que le cabe al órgano de administración por la confección de los estados contables y el hecho de que los mismos fueren aprobados en asamblea, no implica que también resulte aprobada la gestión de los directores, administradores, gerentes, miembros del consejo de vigilancia o

²⁷ La preparación y presentación razonable conforme a las normas contables de valuación y exposición: Resoluciones Técnicas 6, 8, 19, 21, 39 y 53.

síndicos, hayan o no votado en la respectiva decisión, e incluso –expone la norma en forma de advertencia- no importa esto la liberación de responsabilidades.

Año a año el directorio debe poner en consideración de la asamblea el tratamiento de los estados contables, y los mismos deben estar a disposición de los socios con la antelación suficiente para luego decidir en asamblea ordinaria, la aprobación o impugnación de los mismos.

Ese derecho de información que obedece a la necesidad de que los socios tomen acabado conocimiento de la información contenida en los estados contables, fue el que llevó también a la Sala B en el mencionado fallo Noel²⁸, a sostener que *“debía declararse la nulidad de la asamblea por causa de haberse impedido a los actores participar, deliberar y votar en ella; y no permitirles hacer uso de su derecho de información. La reticencia en suministrar la información sobre los estados contables es justa causa de impugnación de la decisión que los aprobare”*.

Así como se hacía mención al derecho irrenunciable de los socios para aprobar o impugnar los estados contables en cuestión, la mayor parte de la jurisprudencia del país²⁹, entiende que *“la decisión asamblearia que aprueba los estados contables no es susceptible de ser suspendida cautelarmente, dado que su virtualidad se agota con la resolución misma”*.

Para Nissen, *“la aprobación de los estados contables no es un resolución asamblearia que se agota con su aprobación, pues de ella se deriva inescindiblemente la distribución de los resultados del ejercicio y los honorarios de los administradores”*.

García sostiene que *“el efecto de la decisión asamblearia que aprobó los estados contables, surge del presupuesto mediante el cual los administradores han proyectado la documentación que, sometida a la consideración del órgano de gobierno, resultó aprobada. Si dicha documentación no satisface los requisitos legales, podrá ser impugnada³⁰, atacándose la validez de la resolución que la aprueba. En este caso corresponde que se suspenda el efecto propio e inmediato que resulta de la aprobación, hasta tanto sea resuelto el conflicto, mediante resolución judicial firme”*.

²⁸ CNCom. Sala B, 19/5/1995, en autos “Noel, Carlos M.M. y otros c/ Noel y Compañía S.A. s/ sumario”.

²⁹ DUPRAT, Diego A.J.: *Tratado de los Conflictos Societarios – Tomo II*, cit., p 1620. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2013. *“Impugnación y Suspensión de Decisiones que Aprueban los Estados Contables”* por Daniel Balonas.

³⁰ El derecho a impugnar los estados contables ha sido reconocido por la Ley General de Sociedades en su artículo 69.

En definitiva, la aprobación de los estados contables no se constituye en la acción de impugnar dicha decisión asamblearia, sino que la esencia de la decisión radica en los aumentos de capital dispuestos para perjudicar a una minoría de accionistas.

5. DE LA REVOCACIÓN DEL ACUERDO IMPUGNADO DE NULIDAD Y LA RESPONSABILIDAD

La norma establece en su artículo 254, que aquellos accionistas que votaron favorablemente las resoluciones que se declaren nulas, responden ilimitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio por supuesto, de la responsabilidad que corresponda a los directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia.

A continuación la ley prevé la posibilidad de que una asamblea posterior pueda revocar el acuerdo impugnado de nulidad, estableciendo que dicha resolución surtirá efecto desde entonces, y no procederá la iniciación o la continuación del proceso de impugnación. Subsistirá la responsabilidad por los efectos producidos o que sean su consecuencia directa.

Pero ¿qué sucede cuando una asamblea vuelve a tratar y aprobar determinadas cuestiones que ya habían sido aprobadas con anterioridad, pero que se encontraban cuestionadas, en sede judicial o extrajudicial? La norma no lo prevé, sin embargo al respecto Nissen explica que *“esta manera de proceder fue denominada en la práctica como “ratificación” de asambleas o decisiones asamblearias, denominación totalmente impropia, pues la ratificación es una figura legal prevista para contratos bilaterales, donde una parte “ratifica” lo actuado por otro en su nombre, lo cual es impensable en el esquema societario, donde una misma persona jurídica no puede “ratificar” lo hecho o actuado por ella con anterioridad”*, descartando la teoría del mandato que no tiene vigencia hoy en torno al ámbito societario. Para el autor se trata por el contrario, de *“un supuesto de confirmación de actos nulos, y que supone un reconocimiento de la invalidez del acto precedente”*, supuesto considerado también por la Inspección General de Justicia³¹.

³¹ Lo argumentado por Nissen se condice con lo que establece el artículo 47 de la Inspección General de Justicia sobre *“Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia”* (Resolución General 7/05), el cual dispone que si los errores u omisiones afectan en su totalidad o en determinadas resoluciones a una asamblea, reunión de socios y otra forma de acuerdo habilitada por la ley de fondo, la subsanación o saneamiento del acto afectado, se halla o no

Al respecto Vítolo entiende que una vez tomada la decisión asamblearia violatoria de la ley, el estatuto o el reglamento, *“la sociedad e incluso los accionistas que votaron favorablemente la decisión, advirtiendo esta circunstancia o siendo anoticiados de la eventual promoción de acciones de impugnación o de que las mismas ya han sido promovidas, pudieren reflexionar frente a estos hechos respecto de las consecuencias que pudiera generar su accionar”*.

Para Vítolo, la ratificación de la decisión impugnada puede darse a través de un nuevo pronunciamiento del órgano de gobierno que resuelve dejar sin efecto las resoluciones cuestionadas. E incluso entiende que *“en modo alguno esta revocación constituirá una causal de eximición de responsabilidad de los accionistas que votaron favorablemente la resolución impugnada, o de los miembros de los órganos de administración y fiscalización, respecto de los efectos producidos hasta ese momento o los que fueren su consecuencia directa”*.

Halperin, precisa que la acción de nulidad *“se extingue por revocación por una asamblea reunida regularmente, cuya decisión esté libre de todo vicio, sin perjuicio de que los responsables indemnicen los daños causados por los actos producidos o que sean su consecuencia directa. También se extingue la acción cuando la nulidad es relativa y el accionista acepto la ejecución; por ejemplo si ejerció el derecho de receso”*.

Se puede decir entonces que, cuando las decisiones asamblearias violenten la ley, el estatuto o el reglamento la acción de nulidad debe proceder sin duda alguna a través de los legitimados activos designados por la norma, sin embargo y como advertía Vítolo, los socios *pudieron haber reflexionado frente a estos hechos y las consecuencias de su accionar, y es en ese caso que mediante un nuevo pronunciamiento de la asamblea, se resuelva dejar sin efecto la resolución cuestionada, anoticiando al juez de esta decisión y dejando sin efecto la acción de nulidad promovida*.

inscripto, cuando resulte posible por la naturaleza del vicio, debe ajustarse a lo dispuesto en materia de confirmación de actos jurídicos por los artículos 393 a 395 del Código Civil y Comercial de la Nación, debiendo efectuarse en cada resolución o acuerdo confirmatorio referencia específica al anterior que se dispone confirmar. Si el acto que se confirma no está inscripto, su inscripción debe practicarse juntamente con la del confirmatorio, sin perjuicio de los efectos retroactivos de este último establecidos por la ley sustancial.

6. CONCLUSIONES FINALES

La LGS ha previsto un mecanismo para promover la acción de nulidad contra las decisiones assemblearias que no fueron adoptadas de conformidad con lo establecido por la ley, el estatuto o el reglamento.

Si bien la norma establece los principales supuestos para su promoción y la ejecución de medidas que tienen una eficacia muy importante y que tienden a evitar perjuicios, nos encontramos con las dificultades propias de su aplicación a la luz de diversos fallos donde se anoticiaban las dificultades que el legislador en la redacción de la norma, no habría previsto.

En primer lugar, la naturaleza de la acción cuya esencia ha sido objeto de análisis, debe entenderse como una acción social que tutela el interés social. Sin embargo no parece desacertado pensar que cuando se lesiona un interés individual, también debería proceder la suspensión de las decisiones assemblearias, en tanto como argumenta Balonas *“no por ello deja de prevalecer el interés social sobre el particular, aunque ello poco importa cuando lo violado es la ley o el estatuto, ya que ellas deben prevalecer aún más sobre el interés social, en la inteligencia de que el socio ha aceptado someterse a ese interés social en el marco de un régimen jurídico que impone límites. Violados esos límites, no se le puede exigir al socio seguir sometido a ese régimen”*.

Es claro que la acción buscar perseguir la nulidad de las decisiones assemblearias cuando estas sean contrarias a la ley, el estatuto o el reglamento, independientemente del interés individual o social, siempre que se protejan los derechos de los accionistas. La acción de impugnación de la decisión assemblearia promovida por el socio es también una acción social, por más que la promoción de la misma, la lleve adelante el socio en forma individual.

Al respecto de los vicios que pueden manifestarse en las distintas etapas de la asamblea, lo más llamativo, es resultado de la promoción de la acción de nulidad sin un claro argumento, o directamente la falta de acreditación de las consecuencias perjudiciales para los sujetos que hubieran promovido la acción.

No solo corresponde promover la acción de nulidad para evitar un perjuicio producido por la adopción de una decisión atacada de nulidad, sino que dicho perjuicio debe ser manifiesto y mediar motivos graves para que proceda además la suspensión provisoria de una asamblea, ya que de lo contrario – y tal como lo ha sostenido la jurisprudencia- los accionistas disidentes tendrían un uso ilimitado

y sin control de hacer suspender desde el comienzo del pleito la ejecución de las deliberaciones asamblearias.

Como sostiene Nissen, *“si bien el principio mayoritario que gobierna a las decisiones asamblearias es el instrumento de expresión de la voluntad del interés de la sociedad, ello no significa que ese principio pueda convertirse en una herramienta dirigida a imponer un abuso del poder, tras la búsqueda de un fin particular que vulnere los derechos de quienes no se han adherido a contribuir a la formación de la mayoría”*.

Es fundamental que la pretensión de nulidad tenga como base el derecho de información que la ley les confiere a los socios y que a partir de ello se puedan tomar decisiones deliberadas que formen la voluntad de la asamblea, pues de ello surge que no exista abuso de las minorías. Cuando de la promoción de la acción surja un claro perjuicio para los accionistas, se debe paralizar la decisión de la asamblea mediante una medida cautelar que proteja el ejercicio regular de los derechos de los accionistas.

Con todo lo dicho solo cabe mencionar que algunas de las dificultades que obstan a una clara interpretación y aplicación de la acción de nulidad de las decisiones asamblearias, vienen dadas por la falta de regulación específica de la naturaleza del plazo previsto para promover la acción y la imposibilidad de alcanzar una solución en el marco de la mediación.

La tutela de los intereses de los accionistas, debe constituir un capítulo primordial en nuestra legislación desprovisto de objeciones y con un claro mecanismo de aplicación impartido por el legislador.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arce, Hugo c/ Los Lagartos Country Club (CNCom, Sala B, 04 de mayo de 1995).
 Brandes, Pedro c/ Labinca S.A. s/sumario (CNCom, Sala A, 04 de mayo de 1994).
 Balbín, S. (2017). Nulidades Societarias -en general-. *Revista Argentina de Derecho Societario*.
 Cristiani, Norma Neri c/Cristiani S.A.I.C. e I. y otros s/nulidad de asamblea, restitución de acciones (CNCom, Sala A, 18 de febrero de 1990).
 Eguiluz, María Lucrecia c/ Establecimientos Los Manantiales S.A. y otros s/ordinario (CNCom, Sala F, 28 de diciembre de 2010).
 Duprat, D. A. (2013). *Tratado de los Conflictos Societarios - Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Farina, J. A. (1987). *Asambleas de Sociedades Anónimas: La Abstención de Votar*. ZEUS EDITORA S.R.L., 2.
- García, O. A. (1999-B). *Suspensión de la Decisión que Aprueba los Estados Contables*. LA LEY, 1010.
- Garo, F. (1954). *Sociedades Anónimas*. Buenos Aires: Ediar.
- Giallombardo, Dante Néstor c/ Arredamenti Italiani S.A. s/ordinario (CNCom, Sala B, 09 de marzo de 2007).
- Halperin, I., & Otaegui, J. C. (1998). *Sociedades Anónimas*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Ley General de Sociedades N° 19550*. (T.O. 1984). Buenos Aires.
- Martínez, Susana B. c/ Mannina S.A. s/diligencia preliminar. (CNCom, Sala A, 9 de diciembre de 2014).
- Molina Sandoval, C. A. (2007). *Impugnación de Asambleas. La estrategia societaria y la adecuada canalización del conflicto societario*. LA LEY, 340.
- Natasi, Grace Jane E. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. (CSJN 16 de octubre de 2002).
- Nissen, R. A. (1993). *Ley de Sociedades Comerciales*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma.
- Nissen, R. A. (2006). *Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Nissen, R. A. (2015). *Curso de Derecho Societario*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Noel, Carlos M.M. y otros c/ Noel y Compañía S.A. s/sumario (CNCom, Sala B, 19 de mayo de 1995).
- Otaegui, J. C. (1992). *Caducidad y Prescripción de la Impugnación de Acuerdos Asamblearios a la luz de dos fallos*. EL DERECHO. *Jurisprudencia General*. Tomo 148, 262.
- Palmeiro, Guillermo César c/ Posta Pilar S.A. s/ordinario (CNCom, Sala C, 19 de abril de 2017).
- Paz Rodríguez, Jesús c/ Clínica Modelo Laferrere S.A. s/ordinario (CNCom, Sala D, 16 de abril de 2007).
- Pereda, Rafael c/ Pampagro S.A. s/sumario (CNCom, Sala D, 18 de febrero de 1990).
- Petrasso, W. H. (1995). *Impugnación de las Decisiones Asamblearias*. *Departamento de Publicaciones de la Revista de Colaboraciones Jurídicas de la UNAM*.
- Roitman, H., Aguirre, H., & Chiavassa, E. (2010). *Manual de Sociedades Comerciales*. Buenos Aires: La Ley.
- Siburu, J.B. (1905). *Código de Comercio Argentino*. Buenos Aires, F. Lajouane.
- Vistalba S.A. y otros c/Banco de Galicia y Buenos Aires (CNCom, Sala A, 11 de diciembre de 1986).
- Vitolo, D. R. (2016). *Manual de Sociedades*. Buenos Aires: Editorial Estudio.