

Palladino, J. L. 2016. Apuntes sobre los efectos de las decisiones asamblearias, la impugnación judicial de las asambleas y decisiones asamblearias, la nulidad de las asambleas y el orden público societario. *Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales, Vol. 03 N° 06: 261-293*

APUNTES SOBRE LOS EFECTOS DE LAS DECISIONES ASAMBLEARIAS, LA IMPUGNACION JUDICIAL DE LAS ASAMBLEAS Y DECISIONES ASAMBLEARIAS, LA NULIDAD DE LAS ASAMBLEAS Y EL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO

Juan Leonel Palladino

Departamento de Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Luján
jpgalladinoabog@hotmail.com

RESUMEN

El objeto de este trabajo consiste en tratar de reconocer aspectos centrales de la vinculación entre el orden público, la nulidad absoluta y la negativa a admitir la existencia de estas en materia de asambleas societarias. Si bien mayoritariamente parecería aceptarse que el plazo de tres meses previsto en el art 251 de la Ley General de Sociedades 19.550 T.O.1984 (Ley 26.994) no es de aplicación a toda causa de nulidad que afecte a la decisión o acto asambleario, puesto que no se aplicaría a las nulidades absolutas, lo cierto es que sigue siendo uno de los temas más controvertidos en nuestro derecho societario. Hay tanto doctrina como resoluciones judiciales que aparentan estar interesadas en uno u otro sentido y cuando argumentan lo hacen con sólidos fundamentos. Aunque el tema reconoce antecedentes valiosos y respetables, por decisiones que contravengan disposiciones de orden público o afecten derechos inderogables del accionista minoritario o aislado, el desenlace no deja de mostrar una inquietante arista azarosa, máxime que no parecería abundar el temido ejercicio caprichoso, abusivo y temerario de las acciones de impugnación por una minoría irresponsable. Empero, es peligroso dejar a la sociedad anónima sometida al poder omnímodo de quienes representan en las asambleas la mayoría del capital. En efecto, daña la actividad mercantil al desalentar la inversión considerar que

Recibido: 08.06.2016
Aceptado: 30.06.2016

© Juan Leonel Palladino
www.redsocialesunlu.net

la intromisión judicial en las sociedades anónimas constituye cuestión de gravedad institucional que sólo debe ser admitida con suma prudencia

Palabras clave: sociedades anónimas, asamblea, impugnación de las decisiones asamblearias, Orden público, Nulidades absolutas en materia societaria.

NOTES ON THE EFFECTS OF DECISIONS OF THE MEETINGS, THE JUDICIAL IMPUGNMENT OF THE MEETINGS AND THE MEETING'S DECISIONS, THE ANNULMENT OF THE MEETINGS AND THE CORPORATE'S PUBLIC ORDER

ABSTRACT

The purpose of this paper is to try to recognize central aspects of the relation between public order, the absolute nullity and the refusal to admit the existence of both in corporate meetings subject. Despite the major opinion seems to accept the application of the three month term provided in the Article 251 of the Argentinean Corporate Law, that term is not the application to all causes in which the nullity affects the decision or the meeting because that term is not applicable to the absolute nullity. The fact is that it remains one of the most controversial issues in our corporate law. There is so much authors' opinions and judicial decisions that appear to be interested in either direction and when they do argue with solid foundations. Although the subject recognizes valuable and respectable precedents, for decisions that contravene public policy provisions or affect non-derogable rights of minority shareholders, the outcome does not cease to show a disturbing random edge, especially it is not seem to abound the reckless, capricious, and abusive exercise of the meetings challenge by an irresponsible minority. However, it is dangerous to leave the corporation submitted to the absolute power of those who represent the majority in the capital of the meetings. Indeed, damages the commercial activity by discouraging investment considering that judicial interference in corporations is a matter of institutional gravity that should only be taken with extreme caution.

Key Words: Public Limited Companies, Meetings, Challenge of Meetings' Decisions, Public Order, Absolute nullity in corporate

I. Generalidades.

I.1. Antecedentes.

Como origen de la asamblea general se han indicado las reuniones de sociedades de publicanos en Roma, las celebradas en el siglo XII en Francia por sociedades de molineros, aunque en lo inmediato serían las de los socios del Banco de San Giorgio de la República de Génova fundado en 1407. En Francia, durante el siglo XVII, aparece la asamblea separada de la administración y es reconocida con el Código de Comercio de 1807.

I.2. Concepto.

La asamblea es la reunión de accionistas convocada y celebrada conforme a la ley y los estatutos, para considerar y resolver las cuestiones previstas por ellos o los asuntos indicados en la convocatoria.¹

Se ha tratado de explicar la función de las asambleas por la “teoría de la representación”, expresándose que ellas dirigen y gobiernan la sociedad, ejecutando sus decisiones por intermedio del directorio. La concepción clásica, entonces, entiende que es un mandatario

Es distinto para la teoría del “órgano” que asimila la asamblea al directorio o a la sindicatura, con la diferencia de que la junta, como también se denomina en algunos países a la asamblea, es órgano esencial. Entonces, se trata de un órgano cuya función es desempeñada por personas físicas. Una tercera interpretación la ofrece Goldschmidt Roberto² para quien la asamblea general es la sociedad anónima en su conjunto y no su órgano.

I.3. Características.

1.3. a) Es el órgano de gobierno de la sociedad. Sólo es asamblea aquella que es convocada y celebrada conforme a la ley y los estatutos, con todas las formalidades, y cuyas decisiones, obtenidas a través del régimen de mayorías, son obligatorias para todos los integrantes de la sociedad, atribuyéndose a ésta las consecuencias y efectos que se deriven de tales acuerdos arts. 233 y concs. Ley N° 19.550 t.o.1984 (actualizada Ley 26.994), en adelante LGS.

1.3. b) Es un órgano no permanente de la misma. Sólo funciona cuando es convocada por el órgano de administración o el síndico de la compañía. quien deberá hacerlo una vez por año, dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio, para considerar los balances y estados contables, la política de ganancias, la gestión de los directores y síndicos y su remuneración. El incumplimiento de esta expresa directiva es suficiente causal de remoción de los integrantes de los órganos de administración y fiscalización de la sociedad (arts.234, 236 de la LGS.).

¹ Halperín Isaac, “Sociedades Anónimas”, Depalma, Bs. As.1974 pág. 557.

² L.L. t.79 p.77

1.3. c) Sus facultades son indelegables (arts. 188, 235 inc. 1 LGS) por cuanto su competencia es exclusiva y no puede ser suplida por decisiones de otros órganos de la sociedad. Igualmente no puede invadir esferas reservadas a otros órganos sociales, por lo que se ha decidido que los vicios de competencia generan nulidades absolutas, inconfirmables e imprescriptibles (CNCom. Sala B 19/5/1995 “Noel Carlos Martín M. c/ Noel y Cía. S.A. s/ sumario”).

1.3. d) La validez de sus decisiones implica el respeto de la legalidad en todas y cada una de las etapas formativas de la voluntad social.

1.3. e) Es un acto formal "ad solemnitatem" regulado por la ley en forma minuciosa para permitir la participación de todos los accionistas y evitar al abuso por parte del grupo de control.

I.4. Clases.

1.4. a) Por los accionistas que participan: (i) generales o universales: deben asistir, deliberar y votar todos los accionistas. (ii). especiales: sólo los integrantes de determinada clase de accionistas cuando tales “clases” o “categorías” fueron creadas en el estatuto.

1.4. b) Por los temas que se consideran: (i) Ordinarias: competencia del art 234 de la LGS. (ii) Extraordinarias: competencia prevista por el art. 235.de la ley cit.;

1.4. c) La asamblea denominada “...*unánime*” (v. último párr. del art. 237 de la LGS): ”... *podrá celebrarse sin publicación de la convocatoria cuando se reúnan los accionistas que representen la totalidad del capital social y las decisiones se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto*”.

Como es conocido, son frecuentes en las sociedades anónimas cerradas o de familia. Parece requisito innecesario, opina Nissen³, la exigencia de la unanimidad en la adopción de la correspondiente decisión, pues basta la presencia de todos los accionistas para evitar la publicidad legal del art. 237 y a partir de allí nada justifica apartarse del régimen ordinario de mayorías previsto por los arts. 243 y 244 de la LGS.

I.5. Etapas para la adopción de decisiones asamblearias.

La doctrina distingue:

I.5.1. Requisitos de convocatoria.

I.5.1.a) Por regla convoca el directorio (v. arts.236 y conchs de la LGS). No pueden autoconvocarse.

I.5.1.b) Está legitimado también el órgano de fiscalización (síndicos, arts. 236 y 294,7 LGS) o el consejo de vigilancia (art.281 inc.b)

I.5.1.c) Cualquier accionista está habilitado para requerir al directorio la convocatoria y asamblea, siempre que el peticionante tuviera una participación accionaria cuanto menos

³ Nissen Ricardo Augusto “Curso de Derecho Societario” p.439 Ad-Hoc Bs. As.1998

del 5% del capital social, si los estatutos no fijaren una representación menor (art. 236 LGS) En este caso el accionista debe indicar al directorio o sindicatura los temas que considera necesario tratar y el directorio o el síndico deberán proceder a la convocación, debiendo celebrarse el acto asambleario dentro de los cuarenta días de recibida la solicitud. La omisión lo faculta a solicitarla judicial o administrativamente a través de la autoridad de control (art. 236 in fine), sin perjuicio de configurar suficiente causal de remoción de los integrantes de aquellos órganos. Es pacífica la jurisprudencia ante el cumplimiento de los recaudos sustanciales y formales establecidos por la ley, el juez deberá proceder a convocar directamente sin dar traslado de la pretensión a la sociedad haciendo sólo conocer al directorio la fecha de la asamblea, así como la designación del funcionario que presidirá el acto. Efectuada la convocatoria por el directorio, requisito del cual no están exentas las asambleas unánimes, el directorio u órgano convocante debe proceder a publicar edictos en el B.O. y otro diario cuando se trate de una sociedad del art. 299 de la LGS.

El art. 237 de la LGS “Convocatoria: Forma” ordena que la publicación del orden del día debe efectuarse por cinco días con diez días (10) de anticipación a la celebración y no más de treinta cuando se tratare de primera convocatoria y por tres días con ocho de anticipación como mínimo cuando se tratare de segunda convocatoria, la cual deberá celebrarse dentro de los 30 días de fracasado el acto asambleario. El legislador autoriza la convocatoria simultánea de asambleas e en primera convocatoria y segunda convocatoria siempre que el estatuto lo autorice expresamente y si la asamblea fuere citada para el mismo día la asamblea deberá hacerse con un intervalo no inferior a una hora de la fijada para la primera.

La necesidad de publicación de edictos ha sido criticada con razón ya que sólo se justifica en las sociedades que cotizan en bolsa y no en el caso de cerradas o de familia en las cuales resulta suficiente la comunicación personal fehaciente al domicilio constituido por los accionistas en la sociedad. La sanción de la 24.587 de nominatividad obligatoria de títulos valores privados (B.O.22/11/1995) ha facilitado la reforma en tal sentido.

I.5.2. Requisitos de reunión.

El art. 238 de la LGS dice “Depósito de las acciones” y que los accionistas deben comunicar con no menos de tres días de anticipación a la fecha, por modo fehaciente, para su inscripción en libro de registro de accionistas y asistencia a asambleas. Basta la comunicación fehaciente a la compañía. Las asambleas deben realizarse en la sede social o en cualquier lugar que corresponda a la jurisdicción del domicilio social.

I.5.3. Requisitos de deliberación y voto.

(i) Actuación por mandatario. Según el art. 239 de la LGS los accionistas pueden hacerse representar en las asambleas, siendo suficiente el otorgamiento de mandato en

instrumento privado con la firma certificada en forma judicial, notarial o bancaria, salvo disposición en contrario del estatuto. Es válido el poder otorgado en presencia del síndico o del directorio o cuando hay certeza absoluta que la firma inserta en el poder es del accionista.

(ii) La Intervención de los directores, síndicos y gerentes (art. 240): deben asistir con voz a todas las asambleas. Sólo tendrán voto en la medida en que les corresponda como accionistas, las limitaciones de ley. Es nula cualquier cláusula en contrario. Están inhabilitados para votar (art. 241) en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión. Tampoco en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa. Deben ser presididas (art. 242) por el presidente del directorio o su reemplazante, salvo estatuto, y en su defecto por la persona que designe la asamblea. La misma puede pasar a cuarto intermedio (art. 247) por una vez. Todos los accionistas gozan del derecho de voz, incluso los titulares de acciones preferidas sin derecho a voto, Igualmente los directores no accionistas, los síndicos o miembros del consejo de vigilancia y los gerentes generales.

(iii) Por el art. 248 de la LGS los accionistas o sus representantes que tengan **interés contrario al de la sociedad** pueden participar pero **deben abstenerse de votar en los acuerdos relativos a aquella. No pueden decidir sobre materias no incluidas en el orden del día** (art. 246), **salvo:** **a)** Si estuviere presente la totalidad del capital social y la decisión por unanimidad de las acciones con derecho a voto. **b)** La promoción de acciones de responsabilidad contra los directores o síndicos cuando ella es consecuencia directa de una resolución incluida en el orden del día, y **c)** La elección de los encargados de firmar el acta.

I.5. 4. Las decisiones asamblearias para ser válidas deben reunir las mayorías previstas legalmente.

I.5.4.a) En asamblea ordinaria: se requiere mayoría absoluta de los votos presentes (art. 243), salvo exigencia mayor del estatuto.

I.5.4.b) En asamblea extraordinaria, mayoría absoluta de los votos presentes (244), salvo exigencia mayor del estatuto. Ambas difieren en el quórum.

c) I.5.4.c) Los “supuestos especiales” (Art. 244 último párrafo). *“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 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” (art. 245 derecho de receso es diferente). Como lo ordena la norma, se requiere el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto sin aplicarse la pluralidad de voto computándose asimismo el voto de los titulares de acciones preferidas sin derecho a voto.

En principio la LGS excluye la unanimidad para la adopción de acuerdos asamblearios. Ésta sólo se requiere en el art.95 en el caso de reconducción de la sociedad. Clausurado el acto el directorio debe labrar acta de lo allí acontecido confeccionada y firmada dentro de los cinco días por el presidente y los socios designados al efecto 73 y 249.

I.6. La naturaleza jurídica de las deliberaciones y decisiones de la asamblea.

Si bien es discutida por la doctrina, se admite mayoritariamente que se trata de un remedio técnico impuesto por la naturaleza de la sociedad y la calidad de socios de los intervinientes.

I.7. Clases de resoluciones.

La Asamblea puede producir tres clases de resoluciones:

I.7.a) Internas: que son la mayoría por el carácter no representativo del órgano, aun cuando son susceptibles de producir efectos reflejos hacia el exterior, tales son: la aprobación del balance y distribución de dividendos, elección de síndico, etc.

I.7.b) Con eficacia externa directa que producen efectos hacia terceros, como la aprobación de actos celebrados por el directorio ad referendum de la asamblea. Designación directa de un gerente o de técnicos, etc. No es frecuente el caso.

I.7.c) Internas, pero integrativa de actos jurídicos con terceros. Se trata de autorizaciones o resoluciones previas que requiere el órgano de administración para poder realizar determinados actos. Tales eventuales contratos propios de la gestión social, de disposición patrimonial, también actos típicamente societarios como la fusión de sociedades, la emisión o adquisición de acciones⁴

I.8. Los poderes de la asamblea. Doble fuente de limitaciones.

Sin perjuicio de lo expuesto acerca de la asamblea como órgano de gobierno de la sociedad anónima, cabe admitir que en el ámbito de la gran empresa, el verdadero gobierno, entendido como la facultad de gestión y representación, está en manos de una

⁴Halperín, Isaac “Manual de sociedades anónimas” pág. 296, Depalma, Bs. As. 1967.

Brunetti Antonio, “Tratado del derecho de sociedades” Bs. As. 1960 t. II p. 369 citado por Zunino Jorge Osvaldo “Régimen de sociedades comerciales” Astrea, Bs. As. 1992 comentario al art. 233 pág. 224.

tecnocracia especializada integrante del órgano de administración, es decir, el directorio⁵
La doble fuente de limitaciones de los poderes de la asamblea son:

I.8. (i). Las facultades de administración del directorio:

a) no puede ejercer atribuciones que los estatutos asignaron al directorio, sin previa reforma de ellos: b) debe resolver todos los actos anormales de administración ya sea por excesiva onerosidad o por los riesgos implicados, etc., salvo que razones de urgencia impidan convocarla en tiempo; c) le corresponde determinar la orientación comercial en sentido amplio de la empresa dado que en la reunión participan los accionistas que son los titulares de la empresa; decide la remoción de directores, considera la memoria y el balance, desapueba la gestión social, delibera el ejercicio de la acción de responsabilidad, etc. y

I.8. (ii). Los derechos individuales de los accionistas.

a) Los derechos legales son: al dividendo, a la liquidación, de receso, de intervención en el gobierno y administración, a la negociabilidad de las acciones.
b) Los contractuales son los privilegios (en el dividendo y en el voto) y la opción de suscripción en el aumento de capital.

I.9. Revocabilidad de las resoluciones de la asamblea.

Son revocables por otras disposiciones de asambleas posteriores (art. 254 párr. 2 LGS) Una conclusión diversa daría a esa decisión una estabilidad o permanencia superior al propio estatuto (CNAp. Com. Sala de feria 24-1-1969 L.L. T.134 pág.3)

I.10. Acta. Contenido. La obligación legal está establecida en el art. 249, que remite al art. 73 con respecto a cómo deberá labrarse.249.

I.11. La acción de impugnación de nulidad de los actos del directorio.

La doctrina y la jurisprudencia también han admitido la procedencia de la acción de impugnación dirigida a declarar la nulidad de los actos del directorio, pese a que la ley de sociedades no contempla en forma concreta la existencia de esa acción^{6 7}

II. Efectos de las decisiones asamblearias.

II.1. Principio general.

⁵

⁶ Vanasco Carlos Augusto, “Manual de sociedades comerciales” pág.161 Astrea, Bs. As. 2001

⁷ Richard Efraín Hugo y Muiño Orlando Manuel “Derecho Societario” pág. 550 Astrea Bs. As.1998.

Las decisiones asamblearias adoptadas conforme a la ley y al estatuto son obligatorias para todos los accionistas salvo lo dispuesto en el artículo 245 y deben ser cumplidas por el directorio, según lo ordena el art. 233 de la LGS.

Es rigurosamente cierto que el principio mayoritario es el único que permite el funcionamiento práctico de las sociedades anónimas y constituye un compromiso entre la necesidad de facilitar la formación de la voluntad social a través de un claro reconocimiento de dicho principio y de la funcionalidad del ente societario conforme su régimen jurídico, dentro de la no menos necesaria cautela que garantice un proceder justo y equitativo en el funcionamiento real de dicho principio, máxime que tolera sin peligro cuantas correcciones sean necesarias para asegurar la justicia de sus decisiones.

II.2. Excepciones al principio general.

II.2. a) La primera excepción se desprende de la interpretación “a contrario sensu” del art. 233. La impugnación de la decisión Asamblearia.

En efecto, se infiere que la impugnación de las decisiones asamblearias corresponde por violación de la ley, el estatuto o reglamento, ofreciendo la ley en el art. 251 una herramienta adecuada para que los poderes mayoritarios no traspasen sus límites.

El presente aporte tiene la pretensión de recordar la necesidad de la preservación de la efectiva vigencia de esta excepción mediante el ejercicio efectivo de la acción indicada.

II.2. b) La segunda excepción es la establecida por el art. 245 de la LGS.: El Derecho de Recesso.

La señala la propia norma, En efecto, lo constituye el ejercicio del derecho de recesso, que es un derecho individual de todo accionista, de carácter inderogable e irrenunciable anticipadamente por estatuto, en razón de la función social que cumple de tutelar el interés del socio frente a las decisiones de la mayoría, por lo que se ha considerado como una institución de orden público.

Mediante su ejercicio se respeta la libertad del ente social de modificar sus estatutos así como la voluntad del socio que no comparte tales modificaciones, de separarse de la sociedad, es decir la existencia de un derecho bilateral de libertad tanto para aquella como para este, que al no compartir las modificaciones producidas reasume su libertad de acción (CNCom. Sala B 9/4/1980 L.L.1980-B-651).

III. La acción para pedir la suspensión y nulidad de las decisiones de las asambleas.

III.1. Antecedentes.

La acción impugnatoria de la decisión asamblearia y la de suspensión preventiva de la ejecución de la resolución impugnada previstas por los arts. 251 y 252 de LGS, en cuanto excepción al principio referido precedentemente, **debe ser defendida y no restringida por vía de interpretación.**

Al comentar el art. 353 del Código de Comercio señaló Zavala Rodríguez⁸ que la acción puede ser ejercida por cualquier accionista, haya o no concurrido y aunque haya votado a favor. Se diferencia así esta acción de la de receso (art. 354) en que solo se otorga a los disidentes o a los ausentes. Con sabiduría agregó “*Esta acción es uno de los pocos derechos que nuestra ley otorga a las minorías y, en consecuencia, debe ser defendida y no restringida por vía de interpretación*”. Continúa el autor: “*Ésta es una de las pocas posibilidades que se concede a las minorías y si bien no puede servir ni prestarse para ejercer presión injusta sobre las mayorías, tampoco puede dejarse de considerar tan importante facultad. Las sociedades anónimas deben tener presente que sus resoluciones enfrentan este control (ver Halperín p. 352)*”

Zavala Rodríguez nos remite concretamente al “*4.Derecho de Minoría consistente en la conservación de las bases fundamentales de la sociedad, que en nuestra ley se protege con el derecho de receso (art 245), impugnación de las resoluciones de la asamblea y de ciertas decisiones del directorio (art. 251), responsabilidad de los directores y de los accionistas por actos y decisiones violatorias de las leyes y de los estatutos (art. 274 y ss.). En este grupo de derechos están incluidos los específicos de la categoría (acciones preferidas en el voto y en el dividendo) art. 250)...*”⁹

III.2. Impugnación de la decisión asamblearia. Titulares. Normativa vigente.

La LGS en su art. 251 sostiene: “*Impugnación de la decisión asamblearia. Titulares. Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad. También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor. Promoción de la acción. La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el Juez de su domicilio, dentro de los tres (3) meses de clausurada la asamblea.*”

III.2. (i) La Suspensión Preventiva de la Ejecución.

⁸ Zavala Rodríguez, Juan Carlos “Código de Comercio Comentado” comentario al art. 353 parág. 829, pág. 433, Depalma, Bs. As. 1964.

⁹ Halperín Isaac “*Sociedades Anónimas*” pág. 352 Depalma Buenos Aires 1974

El art. 252 de la LGS dispone: *“Suspensión preventiva de la ejecución. El Juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad.”*

La norma legal incorpora esta medida cautelar compatible con la acción de fondo prevista en el art. 251 de la LGS. Ante dicha norma legal¹⁰ reconoce expresamente la posible existencia de irregularidades que impliquen la nulidad absoluta cuando se afecten normas de orden público o derechos inalienables de los accionistas, tampoco sostiene la existencia de criterio restrictivo en la interpretación. Afirma *“...Debido que el espectro de irregularidades es esencialmente amplio (desde un vicio subsanable que implique anulabilidad hasta la nulidad absoluta cuando se afecten normas de orden público o derechos inalienables de los accionistas) la preceptiva es rigurosa al disponer que sólo procederá la suspensión preventiva de la ejecución de la resolución impugnada en caso de motivos graves y cuando no medie perjuicio para los terceros y se caucione convenientemente los eventuales daños que la medida pueda causar a la sociedad. De todos modos los accionistas que votaron favorablemente responden solidaria e ilimitadamente por las consecuencias que la resolución anulada pueda ocasionar, razón por la cual la ley les permite elegir un representante ad hoc para proveer a su defensa en el proceso (art. 253). Se prevé, asimismo (ver ap. 1.9) la posibilidad de que una asamblea posterior revoque la resolución impugnada, no obstante lo cual se mantiene la responsabilidad de los accionistas que votaron favorablemente la resolución revocada, por los efectos ya producidos o que sean consecuencia directa de ella (art. 254)”*.

Según Nissen¹¹ el art. 252 de la ley cit. prevé esa medida cautelar que es compatible con la acción de fondo exigiendo los siguientes requisitos: 1) que la pida la parte impugnante, 2) que no medie perjuicio para terceros (no se consideran terceros a los socios), 3) verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y garantía o contracautela. **No obstante que la norma no exige un “criterio restrictivo” (como lo hace en la intervención judicial), los jueces, según bien señala Nissen, aplican una incomprensible restricción o limitación que no se compadece con el espíritu del legislador.**

En efecto, es reiterada la jurisprudencia que: **a)** exige que el peticionante debe acreditar que el perjuicio alegado es apreciablemente mayor al que se seguiría para la sociedad y los socios no impugnantes con la paralización de la resolución de la asamblea. Ponen en cabeza del actor una prueba diabólica. **b)** igualmente, que se acredite que la violación a los derechos inderogables de un accionista ocasionados durante el desarrollo de una asamblea (omisión de toda información sobre el tema considerado o cuestionamiento

¹⁰Zunino Jorge Osvaldo “Régimen de Sociedades comerciales Ley 19.550 t.o. 1984 según decreto 841/84” pág. 238 Astres Bs. As.1992.

¹¹ Nissen Ricardo Augusto “Curso de Derecho Societario” pág. 447 Ad-Hoc Bs. As. 1998

de la política de dividendos atento la reiterada costumbre del grupo de control de “reservar” las ganancias del ejercicio, luego de percibir suculentas remuneraciones como administradores), no habilitan la precautoria, por constituir hechos que no afectan el interés social, identificando de tal manera dicho interés con el interés de las mayorías y restringiendo indebidamente el concepto de interés social, que obviamente comprende el normal funcionamiento de la sociedad en todos sus aspectos. c) No obstante que el art 252 de la LGS no fija excepciones, se ha decidido que hay decisiones asamblearias insusceptibles de ser suspendidas, como la aprobación de los balances y estados contables, con el argumento de que tal acuerdo se agota en sí mismo y que del mismo no se derivan actos susceptibles de ejecución (CNCom. Sala C 02/04/1990 “Fridman Gerardo c. Pullmania Argentina SA” ídem Sala B 13/06/91 “Noel Carlos M. c. Noel y Cía.,” ídem Sala E etc.).

Tales decisiones judiciales, obviamente, soslayan que sólo desde los estados contables aprobados por la asamblea de accionistas, la sociedad se encuentra habilitada para distribuir dividendos y pagar las remuneraciones a los directores (arts. 68, 224 y 261 LSC¹² (cfr. Nissen R. A. y LLantada G. “*Claves para entender la reticencia de algunos jueces para la concesión de medidas cautelares societarias*” L.L. 20/04/1998).

La jurisprudencia que considera que la intromisión judicial en sociedades anónimas constituye cuestión de gravedad institucional que debe ser admitida con excesiva prudencia, causa un grave daño al tráfico mercantil ya que desanima a cualquiera que pretende invertir sus fondos en emprendimientos societarios que los derechos esenciales no resulten objeto de protección judicial.

III.2. (ii) Impugnación Judicial y Administrativa de las decisiones asamblearias. Titulares. Promoción de la acción. Plazo. La nulidad de las asambleas y el orden público societario. La acción de impugnación de acuerdos sociales.

III.2. (iii) Legitimación. Promoción de la acción. Plazo.

Se consideran titulares de la acción de impugnación que se promueve contra la sociedad: **art. 251 LGS:** “... los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad. También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor.” El accionista presente que se abstuvo de votar puede impugnarla según Farina, con el que se coincide, Tratado t. IV. p.194. Sin embargo para Verón-Zunino “Reformas al régimen de sociedades comerciales” p.465, el accionista abstenido carece de este derecho.

¹² Nissen R. A. y LLantada G. “*Claves para entender la reticencia de algunos jueces para la concesión de medidas cautelares societarias*” L.L. 20/04/1998

Por lo tanto, la titularidad de la acción la ley la otorga a los accionistas que no contribuyeron a formar la voluntad social (accionistas que votaron en contra, abstenidos o ausentes que acrediten haberlo sido), los directores, los integrantes del consejo de vigilancia o sindicatura y la autoridad de control. La acción reviste siempre el carácter de social pues es iniciada en beneficio de la sociedad y no del impugnante, constituye una obligación para los directores y miembros del órgano de fiscalización y no el ejercicio de un mero derecho como parecería desprenderse del texto literal del art. 251.

Los accionistas que votaron favorablemente sólo pueden atacarla de nulidad en caso de vicio de la voluntad, supuesto que se plantea (v. g.) cuando los directores presentan a la asamblea balances falsos cuyas irregularidades sólo pudieron ser advertidas con posterioridad a la aprobación asamblearia de tales instrumentos.

Como lo ordena el Art. 251 “*La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el Juez de su domicilio, dentro de los tres (3) meses de clausurada la asamblea*”.

III.2. (iiii). La autoridad de contralor IGJ y los conflictos societarios.

La autoridad de contralor puede impugnar la decisión asamblearia según el art. 251 de la LGS. La fiscalización estatal está limitada en las sociedades anónimas no incluidas en el art. 299 de la ley cit., conforme lo ordena el art. 301 inc. 1 de la LGS. Podrá ejercer funciones de vigilancia cuando lo soliciten accionistas que representen el diez por ciento del capital suscrito o lo requiera cualquier síndico. En este caso se limitará a los hechos que funden la presentación, la denuncia o impugnación del accionista. La resolución del Inspector General dictada en el sumario que pone fin a la denuncia o petición puede consistir en: a) aplicar sanciones de apercibimiento, apercibimiento con publicación y de multa (art.302 L.G.S.); b) declarar la ineficacia administrativa de un acto societario (art. 6 inc.) ley 22.315 y art. 24 Dec. 1493/82); c) pedir a los jueces la nulidad de decisiones asamblearias (art. 251, 2º párrafo in fine); d) pedir a los jueces la suspensión de decisiones (art. 303 inc.1º LGS); e) pedir a los jueces la intervención de su administración no sólo a las sociedades del art. 299 sino a todas las sociedades por acciones si se las declara sujetas a fiscalización permanente (art. 301 inc.2º y art.303 inc. 2º); f) pedir a los jueces la disolución y liquidación en la mayoría de los casos (art. 303 inc.3º); g) convocar asambleas en forma administrativa (art.236 in fine, LGS.); h) enviar inspectores a asambleas y a reuniones de directorio (RG 7/06), entre otras.

De todo ello resulta que **la I.G.J., al ejercer de oficio o a petición de parte sus legítimas funciones de fiscalización, y al resolver en consecuencia, interviene indirectamente en los conflictos societarios.** En efecto, sus resoluciones, por los alcances referidos, tienen capacidad de influencia inmediata sobre la posición de una de las partes dentro del desarrollo de la actividad societaria. Pero, además, las actuaciones y resoluciones, si bien son apelables, poseen aptitud mediata para constituir prueba y/o

doctrina especializada con posibilidad de influir en lo que los jueces deban resolver por vía cautelar o por sentencia definitiva en un juicio determinado. En el caso “South Nature S.A.”, ante la denegatoria de la I.G.J. la Cámara entendió inapelable la resolución en tanto la acción judicial podía iniciarla el denunciante (C.N.Com., Sala E, 26-7-05). En el caso “Lavalle 735 S.A.” se confirmó la multa a un director por no suministrar documentación a un accionista (C.N.Com., Sala E, 26-7-06). Todo ello evidencia la existencia de una interesante área administrativa para los conflictos societarios, un área de contienda específica dentro del ámbito de la I.G.J. con aptitud para fortalecer la posición de los socios minoritarios.

III.3. La nulidad de las asambleas y el orden público societario.

La diversidad de opiniones se presenta al responder si existe orden público en la protección de los derechos inderogables de los accionistas (v. g. arts. 67, 68, 69, 70, 194, 245, 251, 252, 254, 261, 263 de la LGS) o si se trata sólo de normas “imperativas” dictadas para preservarlos y han sido legisladas en el interés particular de los afectados y no de la comunidad en general. Esta tesis trata de desvincular al orden público de las normas que prohíben afectar los derechos inderogables de los accionistas, con el fin de que la infracción no conlleve la sanción de nulidad absoluta y por ende se le aplique el plazo de caducidad de tres meses del art. 251 de la LGS. La otra tesis sostiene que dicho plazo legal sólo se aplica a las nulidades relativas y la doctrina es la que atribuye naturaleza contractual a la sociedad.

Dicho de otro modo, está controvertido en nuestro derecho societario si el plazo de tres meses del art. 251 de la LGS comprende a toda causa de nulidad que pudiere afectar a la asamblea o a la decisión asamblearia o solamente a las nulidades relativas, adunando que se niega la existencia de orden público en materia societaria.

Se pueden distinguir, con afán didáctico, dos tesis indicadas por Nissen Ricardo Augusto¹³ “Curso de Derecho Societario” pág. 449 Ad-Hoc Bs.As.1998) que desarrollaré brevemente:

III. 3. (i) Tesis vinculada a la teoría de la institución para explicar la naturaleza jurídica de la sociedad, que considera que la norma del art. 251 de la ley 19550 t.o.1984 es comprensiva de toda causal de invalidez del acto asambleario. Asimismo, niegan la posibilidad de que en materia societaria puedan existir nulidades absolutas.

Los que consideran que la sociedad comercial es una institución¹⁴, vale decir, quienes colocan el funcionamiento del sujeto de derecho de segundo grado por encima de las personas que lo integran, explica Nissen Ricardo Augusto “Curso de Derecho Societario” pág. 449 Ad-Hoc. Bs. AS.1998, aseveran que el plazo de tres meses del art.

¹³ Nissen Ricardo Augusto “Curso de Derecho Societario” pág 449 Ad-Hoc Bs.As.1998

¹⁴ Nissen Ricardo Augusto ob.cit pág 449

251 de la LGS se aplica a toda causa de nulidad que pudiera afectar a la respectiva asamblea o decisión asamblearia. No admiten la existencia de nulidades absolutas en esta materia.

La cuestión la define la naturaleza del contrato de sociedad, la sociedad como institución (obviamente dentro de las teorías no contractualistas). Se trata de una idea fuerza instalada en la comunidad como un elemento esencial y permanente, necesario para las actividades económicas llevadas a cabo por más de una persona. No depende de un contrato ni de negocio jurídico privado alguno, sino de la voluntad del estado que las reconoce y regula en aras del bien común. Pasaría del derecho privado al semipúblico (ej. ley alemana 1937).

Si bien admiten la existencia de derechos inderogables de los accionistas (v. g. arts. 68, 69, 194, 245, 261, etc.), afirman que cuando la ley 19.550 ha prohibido perjudicarlos, no lo ha hecho por cuestiones de orden público, revistiendo tales normas el carácter de “imperativas” como categoría diferente del concepto de orden público (CNCom D 11/08/1997 “Bona Gaspare c. C.I.L.S.A. Industrial Lanera S.A.”.; ídem Sala B. septiembre 11 de 1997 “Noel Carlos Martín c. Norel y Cía. S.A. s/ sumario”. Desde la tesis contractualista, la categoría diferente se juzga carente de sustento jurídico.

En opinión de ¹⁵Muguillo Roberto A. (“Ley de Sociedades Comerciales comentada y concordada” 2ª edic. pag.374 y s.s. Abeledo Perrot Bs. As. 2009), la acción legislada por el art. 251 tiene por objeto y finalidad la sanción de nulidad de las decisiones adoptadas por la asamblea de accionistas y no debe ser confundida con la acción de derecho común tendiente a declarar la nulidad de la asamblea en su conjunto, como acto jurídico, que está sujeta a otro procedimiento y consecuentemente a las normas ordinarias sobre prescripción con cita de Mascheroni Fernando H.- Muguillo Roberto T “Régimen...”cit. ps. 239 y ss. “En este último supuesto, la declaración de nulidad del acto asambleario importa lógicamente, la nulidad de todas las resoluciones adoptadas durante su trascurso, Por el contrario, en el primero (acción de impugnación de este art. 251 la nulidad de una o más decisiones no implica la invalidez de la asamblea en su conjunto quedando en pie las decisiones no impugnadas.....La presente se trata de una sanción de nulidad relativa pues la decisión atacada no afecta a un interés público, ni la disposición puede calificarse de orden público en la estructura general de la ley societario. Es que las normas que regulan los recaudos para la formación de la voluntad social de las decisiones asamblearias, no son de orden público, y los vicios que afecten a las decisiones tomadas solo pueden motivar nulidades relativas subsanables mediante la acción aquí regulada”.

Si bien Muguillo cita en su apoyo a Manovil Rafael “Uso Desviado de los mecanismos societarios como supuestos excluidos de la caducidad del art. 251 LSC” E.D 168-545 y CNCom. Sala B 29/09/2000 Impuestos 2001 –B2689; ídem sala B 22/03/2004

¹⁵ Muguillo Roberto A. “Ley de Sociedades Comerciales comentada y concordada” 2ª edic. pag.374 y s.s. Abeledo Perrot Bs. As. 2009

LL.2004D604 fallo 107665, refiere que, en contra, vale decir a favor de la tesis contractualista, “*puede darse un supuesto de nulidad absoluta de un acto asambleario, y por ende, el plazo de ejercicio de la acción excluido de esta norma*” (CNCom. Sala C 19/07/1996 L.L. 1997 D 888 N° 11845; ídem CNCom. Sala B 31/08/2000 J.A. 2001-1-786; Cám.Civ. y Com. La Matanza, 29/08/2003 L.L.B.A. 2004-68; Halperín Isaac “Sociedades...” op.cit. p.641)

En suma, sustraen las violaciones de la normativa que protege los derechos individuales de los accionistas o la materia patrimonial, del orden público y de las nulidades absolutas; sostienen la aplicación sólo de nulidades relativas y de normas “imperativas” (?) además, para limitar la intromisión judicial en materia societaria, imponen la gravedad institucional.

III.3. (ii) Tesis vinculada a la teoría contractualista para explicar la naturaleza jurídica de la sociedad, que considera que la norma del art. 251 de la ley 19550 t.o. 1984 es comprensiva sólo de las nulidades relativas y no las absolutas que son imprescriptibles e inconfirmables; y que la materia patrimonial societaria está regulada por normas de orden público. Este criterio ha merecido adhesión mayoritaria y es el que sigue el presente apunte.

En principio, se subraya que las modificaciones a la ley 19.550 t.o. 1984 impuestas por ley 26.994 no empecen a la teoría referida, máxime que la sociedad unipersonal sólo podrá constituirse como sociedad anónima y no por una sociedad unipersonal. Asimismo, porque se mantiene el concepto de que la sociedad es un mero instrumento de concentración de capitales.

Se nos ha enseñado que “*vencido el término el derecho de accionar caduca. Pero debe entenderse que si la decisión es violatoria de una norma de orden público no se produce tal caducidad por aplicación del principio de que no puede haber derechos adquiridos contra disposiciones de tal carácter. En nota 124 agrega el autor: coincide con este criterio el art 96 párr. 1 del Proyecto de sociedad anónima europea que establece que las decisiones de la junta general que, en su contenido violen el orden público o las buenas costumbres son nulas de pleno derecho*” ¹⁶ Enrique Zaldívar, Rafael M. Manovil, Guillermo E. Ragazzi, Alfredo L. Rovira “Cuadernos de Derecho Societario” T.II 2ª parte 43.4.1.3. pág. 393, Abeledo Perrot 1975 Bs. As.

El plazo del art. 251 de la LGS. por consiguiente, sólo comprende a las nulidades relativas y no las nulidades absolutas, criterio éste, reitero, que ha merecido adhesión mayoritaria de nuestra doctrina y jurisprudencia, aun cuando esta línea de interpretación ha señalado la necesidad de limitar al extremo los casos de nulidad absoluta. (cfr. por

¹⁶Enrique Zaldívar, Rafael M. Manovil, Guillermo E. Ragazzi, Alfredo L. Rovira “Cuadernos de Derecho Societario” T.II 2ª parte 43.4.1.3. pág. 393, Abeledo Perrot 1975 Bs. As.

violación del art. 263 norma sobre voto acumulativo: CNCom. Sala A. 28/10/1982 “Saunier Roberto V. c. La Casa de Las Juntas S.A.” J.A. t.1983-IV-p.91; Ídem Sala E. 23/05/1989 “Larocca Domingo c. Argentina Citrus S.A.; ídem Sala B 02/11/1990 “Jares Daniel c. Gascarbo S.A.”; ídem Sala C 26/02/1986 “La Central de Oxígeno S.A.”; ídem Sala B 19/05/1995 “Noel Carlos M. Noel y Cía. S.A. s/sumario”; ídem Sala C.19/07/1996 “Calvet Francisco c. Cittadella S.A. s.sumario; ídem Sala D.14/08/1997 “Bona Gaspare c. CILSA Industrial Lanera S.A”.

Al interrogante: existe o no orden público en la protección de los derechos inderogables de los accionistas sin duda cabe responder afirmativamente. El concepto de normas “imperativas” utilizado por la tesis contraria para marginar el orden público societario y consecuentemente el efecto nulidad absoluta, constituye una creación doctrinaria carente de todo respaldo normativo y de todo significado¹⁷ (cfr. Diccionario de la Lengua Española RAE 22ª edic. Espasa, Bs. As. 2005 todo lo (adj). “que impera, manda”. Lo especificado, única acepción, es característico de toda norma jurídica. La explicación doctrinaria no logra describirlas ni siquiera como una sub categoría de normas.

Con relación al **concepto de orden público**, es de recordar el dado, desde la teoría de identificación del orden público con los principios fundamentales de la organización social, por el maestro Salvat Raymundo M. en los siguientes términos: “*la noción del orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y alguna vez religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida: por ejemplo: la separación de los distintos poderes que ejercen el gobierno, la libertad individual, la propiedad, etc.*” “Tratado de derecho civil argentino” t. I. p.140 Bs. As. 1947 cit. por¹⁸ Mouchet Carlos Ricardo, Zorraquin Becu “Introducción al Derecho” 4ª edic.pág. 284 Perrot, Bs. As. 1959.

El art.12 del CCyC (ex art. 21cciv.) dispone que: “*las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público...*”; el art. 386 del CCyC. que: “*son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres...*” y el art. 387 que “*La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.*”

¹⁷ Diccionario de la Lengua Española RAE 22ª edic. Espasa, Bs. As. 2005

¹⁸ Mouchet Carlos Ricardo, Zorraquin Becu “Introducción al Derecho” 4ª edic. pag. 284 Perrot, Bs. As. 1959.

Si bien la idea de orden público es adecuada a todo el derecho público, es aplicable a algunas instituciones del derecho privado, por ejemplo en materia societaria a los derechos patrimoniales de los accionistas y derechos específicos e inderogables de los accionistas. La expresión orden público se aplica a ciertas leyes que limitan la autonomía de la voluntad, que pueden ser aplicadas retroactivamente y que prevalecen frente a la ley extranjera extraterritorialmente aplicable.

Para determinar cuándo una ley es de orden público se han expuesto diversas teorías, por ejemplo: a) es la dictada teniendo en cuenta el interés de la sociedad; b) es la que tiene por objeto el mantenimiento de la ordenación u organización social; c) otros lo hacen depender de la voluntad del legislador; etc. Es conveniente recordar que se suele considerar erróneamente como de derecho público a las normas de orden público del derecho privado. No son expresiones sinónimas y por lo tanto la asimilación es equívoca.

Es terminante la opinión de¹⁹ Halperín Isaac “Sociedades Anónimas” pág. 642 Depalma, Bs. As. 1974: “...*Las nulidades pueden ser: absolutas, cuando se afectan normas de orden público (art. 251, 1° in fine de la ley 19.550), o derechos inderogables de los accionistas (v. g. decisiones ilícitas o imposibles o violatorias de normas inderogables (arts. 69 derecho a aprobación e impugnación de los estados contables, 263 elección por voto acumulativo; arts. 68, 70, 71 224 distribución de dividendos ficticios, etc.)*.”

III.4. Tres posiciones frente a la disidencia si el plazo de caducidad de tres meses (lo redujo a la mitad la ley 22.903/83) corresponde o no a todos los supuestos de impugnación de nulidad.

Como he planteado, además de la fundada distinción en dos tesis realizada por Nissen (cfr. III-3-(i) (ii), se seleccionó en tres grupos, que se transcriben, las posiciones existentes adunando jurisprudencia (ver²⁰ Isaac Halperín- Julio C. Otaegui “Sociedades Anónimas” 2° edición, pág. 787 Lexis Nexis, Depalma Bs. As.1998). Como la tercera posición consiste en una variante de la no aplicación del plazo en determinadas hipótesis, en mi opinión, bien podría incluirse en la tesis contractualista a la que adhiere este apunte:

1) Primera posición: El plazo del art. 251 de la LGS es siempre procedente, sea cual fuere la causa de impugnación.

En esa línea se ha decidido que “*En la normativa del art. 251 de la ley 19550 queda encuadrado un amplio espectro de irregularidades, que van desde el vicio subsanable que implique anulabilidad hasta la nulidad absoluta, cuando afecten normas de orden público o derechos inalienables de los accionistas*” (S.C.B.A., 04/12/1990 “Salgado Rodolfo c.

¹⁹ Halperín Isaac “Sociedades Anónimas” pág. 642 Depalma, Bs. As. 1974

²⁰ Isaac Halperín- Julio C. Otaegui “Sociedades Anónimas” 2° edición, pág. 787 Lexis nexis, Depalma Bs. As.1998

Poleschi Aldo J.C. y ots. Ac.43.679” E.D. t.148 p.262 fallo 44.442 con nota de Julio C. Otaegui; L.L.t.1993 A, p.242, fallo 91090, con nota de Susy Inés Bello Knoll. “*Si las resoluciones asamblearias fueran susceptibles de nulidades que pudieran deducirse sin la limitación del art. 251 de la ley 19550 no existiría la posibilidad de adoptar ninguna de las resoluciones reservadas a las asambleas, porque ni los propios socios estarían a salvo de una nulidad tardíamente reclamada*” CNac.Com. Sala E 26/12/1991 “Parodi de Pérez Nelly A. c. Transportes del Tejar S.A.” E.D. t.148 pág. 281 fallo 44.446, con nota de Mariano Gagliardo.

Hasta allí la jurisprudencia minoritaria que, estimo, es justificadamente criticada.

2) Segunda posición (considerada ajustada a derecho, teoría contractualista): El plazo del art. 251 de la ley cit. no es aplicable a los casos en que la impugnación está fundada en supuestos de nulidad absoluta, y a tal acción es imprescriptible.

Por ende, se ha resuelto que (fallo “Saunier” ya mencionado en III.3.(ii) “*Es imprescriptible la acción de nulidad de la asamblea que se funda en la violación de las normas del art. 263 de la ley 19550 sobre voto acumulativo*” CNCom. Sala A.28/10/1982 “Saunier Roberto V. y otra c. La Casa de Las Juntas S.A.” J.A. t.1983-IV.p.91.; “*Si la demanda se basa en la existencia de un acto societario nulo de nulidad absoluta no es de aplicación el art. 251 de la ley 19550, sino las normas ordinarias del código civil, conforme a las cuales tal acción no es susceptible de extinguirse por vía de prescripción* (CNCom. Sala de FERIA 11/01/1985 “Lucino Jorge A. y otro c. Unión Comerciantes Cía. de Seguros” L.L. t.1985 C p. 483 fallo 84.085); “*El plazo de caducidad del art. 251 de la L.S. no resulta aplicable en caso de nulidad absoluta de la decisión asamblearia sujeta a los arts. 18 y 1047 del Código Civil*” CNCom. Sala C 10/07/1990 “Paneth Erwin c. Boris Garfunkel (h) S.A.” E. D. t. 142 p. 244 fallo 43.382; “*Resulta posible articular la nulidad de decisiones asamblearias luego de vencido el plazo previsto por el art. 251 de la L.S. para la caducidad de la acción correspondiente, cuando el vicio atribuido al acto impugnado es susceptible de ser encuadrado dentro de los supuestos de nulidad absoluta contemplados por el art. 1047 del C.Civil (v. arts. 386 y 387 del CCyC)...Dado que en el caso los motivos determinantes de la nulidad de decisiones asamblearias pretendida radicarían en vicios en la convocatoria y en infracciones a las normas sobre quórum y mayorías, supuestos que son susceptibles de dar lugar a hipótesis de nulidad absoluta en los términos del art. 1047, cabe concluir que no corresponde rechazar liminarmente dicha acción con fundamento en haberse operado a su respecto, la caducidad del art. 251 de la ley 19.550*” (CNCom. Sala C 19/07/1996 “Calvet Francisco c. Cittadella s/sumario” E.D. 08/07/1997 fallo 48.018; L.L.27/08/1997 “Jurisprudencia Agrupada”, Francisco José Cárrega, “Sociedad anónima.”²¹

²¹ Francisco José Cárrega, “Sociedad anónima” L.L.27/08/1997 “Jurisprudencia Agrupada”

3) Tercera posición. El plazo del art. 251 no es aplicable cuando el conflicto no estriba en el disenso sobre la actividad de la sociedad, sino en el desapropio de la participación en la sociedad cometido por unos accionistas contra otros, todos parientes, en cuyo caso corresponde el plazo previsto por el art. 4032 del C.Civil (dos años, idem actual 2562 del CCyC.).

Allí se decidió que *“Resulta aceptable el criterio de que una resolución asamblearia pueda ser impugnada fuera del término del art. 251 de la LGS cuando: a) el vicio del cual adolece puede ser calificado como nulidad o anulabilidad, y b) cuando lo resuelto lesiona el orden público”* (CNCom. Sala D 01/03/1996 **“Abrecht Pablo A. y otra c. Cacique Camping S.A. s/ sumario”** E.D. t.168 pags.544 y 576 fallos 47.327 y 47.328 con nota de Rafael Mariano Manóvil, *“El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251 de la L.S. en un fallo que marca u hito”*).

También cita un fallo que declaró inadmisibile un recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que consideró extinguido el derecho a deducir la acción de nulidad de asamblea por no haber sido ejercitado en el plazo en el art 251 de la ley 19.550 (art. 280 CPCCN C.S.J.N.23/06/92 *“Jares Daniel E. c. Gascardo S.A. “ L.L. t.1993 A p. 648 n° 1164)*. Es de recordar que si bien el art 280 del CPCCN impone al más alto tribunal el deber de seleccionar, según criterio de sana discreción, las causas en que conocerá el recurso extraordinario, en los hechos no es así, ya que tal discreción ha sido un óbice para la obligación de hacer justicia por vía de control de constitucionalidad.

Opino que la importancia del fallo “Abrecht” citado en la tercera posición por Otaegui y comentado por Manóvil, brinda mayor sustento a la tesis contractualista que dice que la materia patrimonial no es ajena al orden público y por tanto no es aplicable el plazo del art. 251. Por tal motivo, se transcribe el sumario de dicho fallo de cuya lectura desinteresada o no dogmática se desprende su identificación con la tesis contractualista.

III.5. La jurisprudencia ha reconocido reiteradamente que la normativa que rige la materia patrimonial en el ámbito societario reviste evidente carácter de orden público.

En tal sentido se expidió, por el acertado voto del Dr. Edgardo Marcelo Alberti, la CNCom. Sala D. marzo 1 de 1996 en autos **“Abrecht Pablo A. y otro c. Cacique Camping S.A. s/ sumario”** 265348 elDial.com – AA58DF cuyo sumario dice: *“Aparece aceptable el criterio de que una resolución de asamblea de sociedad anónima seria impugnabile fuera del término del LSC 251 cuando (1) el vicio de la resolución fuera calificable como nulidad o como anulabilidad, absolutas, y cuando (2) lo resuelto lesionara el orden público.”*

“La elaboración de un acto solo extrínsecamente societario, obra de una voluntad cuya intencionalidad fue ilegítima porque tendió al desapropio de bienes de otros, configuró un supuesto inequívocamente reprobado por el cciv 953.”
“En la materia de la prescripción o caducidad, la acción presente escapa, por su naturaleza, al límite temporal del art. 251 de la ley de sociedades comerciales. La elevación artificiosa del capital fue tempestivamente impugnada, dentro de los dos años contados desde que su dolo y su falsa causa fueron conocidos por los afectados. Ese es el plazo prescripto por el cciv 4030, disposición aplicable a la sustancia del conflicto. Este conflicto no residió en un disenso sobre la actividad de la sociedad, sino en el desapropio de la participación en la sociedad cometido por unos accionistas contra otros, todos parientes.”

“El “orden público” no es siempre ajeno a lo patrimonial, corrientemente, la gestión y aun la protección circunstanciada del patrimonio son considerados asuntos del orden privado, y ello es acertado. Pero existen supuestos en que lo patrimonial adquiere carácter de cuestión de orden público. Por ejemplo, en la expropiación de un bien determinado, propiedad de una persona privada, es de “orden público” que medie una indemnización previa (CN: 17). Por ende, cabría expresar que el “orden público” de la sociedad argentina organizada como un estado de derecho asegura la existencia de vías de defensa, efectivas, de los bienes patrimoniales.”

“El “orden público” no se confunde necesariamente con la materia del llamado “derecho público”. La distinción entre los dos conceptos debe ser mantenida con particular empeño porque la similitud fonética tiende a establecer una identidad de esencias que no existe. Por ejemplo, tienen alcance de orden público en la republica argentina las reglas de protección de los incapaces; aunque lo protegido por esas reglas sea la individual y particular persona del incapaz. Asimismo, también existe un orden publico en el derecho privado argentino; como paralelamente cabe la posibilidad de que no constituya cuestión de orden publico alguna regida por el derecho público.”

En secuencia con el fallo “Abrecht”, igual que en otros, se ha decidido, en los autos Expte.39718/2006 **“Achinelli Alberto Pedro c/ Agropecuaria Los Remolinos S.A. y otro s/ ordinario”** CNCom. Sala E 12/10/2012, lo siguiente: *“Sabido es que respecto a las nulidades de las resoluciones asamblearias corresponde distinguir entre nulidades absolutas y relativas y actos inexistentes. Mientras **las primeras son aquellas con las cuales deben sancionarse las resoluciones cuyo contenido afecta normas de orden público, régimen societario o derechos inderogables de los accionistas**; las segundas aluden a decisiones que están afectadas por vicios formales en el funcionamiento o deliberación o son del interés particular del accionista o de una categoría de éstos. Por su parte las inexistentes quedarían configuradas “en los supuestos de falta efectiva de la reunión o de formas esenciales para la convocación de reunión de personas...” (Halperín-Otaegui “Sociedades Comerciales” 2ª edición, Depalma, págs. 755/7), a lo que cuadra aditar que la nulidad de la resolución adoptada presupone –contrariamente a la inexistencia de ésta- que la asamblea realmente se celebró” (Dra. María L. Gómez Alonso*

de Díaz Cordero, según su voto) “...**Para que una decisión asamblearia sea válida, debe estar dirigida a satisfacer el interés social y, el principio mayoritario debe ser el instrumento de expresión de esa voluntad;** el funcionamiento de la sociedad y en particular sus resoluciones sociales no pueden quedar supeditadas, condicionadas o limitadas a las vicisitudes que afectan a sus socios (CNCom. esta sala in re “*Servia Alfonso c. Medyscar S.A.*” del 06/06/1994” (Dra. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, según su voto), “**Cuando el art. 251 de la LS dispone que toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento puede ser impugnada de nulidad por los accionistas, comprende un amplio espectro de irregularidades que van desde un vicio subsanable que implique anulabilidad hasta la nulidad absoluta cuando se afecten normas de orden público o derechos inalienables de los accionistas**” (Dra. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, según su voto) “**Coincido con Halperín** cuando sostiene que las nulidades absolutas son las que afectan normas de orden público o derechos inderogables de los accionistas (Halperín Isaac “*Sociedades Anónimas*” pág. 642 ed. Depalma Bs. As. 1974) y que hay opinión concordante en el sentido de que el plazo de caducidad de la LS 251 no resulta aplicable al supuesto de decisiones asamblearias violatorias de normas de orden público (Zaldívar E. y otros “*Cuadernos de Derecho Societario*” 1975 t. II pág. 393, cit. por Otaegui Julio “*Invalidez de los actos societarios*” pág. 395 ed. Abaco Bs. As. 1978 (Dra. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, según su voto) “...está fuera de discusión que en la especie la presentación del demandante fue incoada después de vencido el plazo trimestral legal (art. 251 LS) mas analizaré la cuestión con las pautas referidas ya que en definitiva es obvio que los derechos y potestades jurídicas deben ejercerse rectamente y en función a la norma moral (art, 953 del C.Civil) (Dra. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, según su voto) “**Establece el art. 237 LS en su último párrafo bajo el acápite “asamblea unánime” que la asamblea podrá celebrarse sin publicación de la convocatoria cuando se reúnan accionistas que representen la totalidad del capital social y las decisiones se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto**” Como consecuencia de ello, debieron indefectiblemente comparecer al acto los Sres. Miguel Ángel Lo Iacono y Alberto Pedro Achinelli tal como se indicó en el acta referida, mas lo cierto es que no solo no aparece suscripta por el demandante sino que tampoco se encuentra signada por los accionistas tal como surgiría del punto 3 del orden del día correspondiente. Véase que la misma está refrendada por Marcelo Lo Iacono y Ana María Ferro de Lo Iacono (directores cuya designación acababa de producirse); por lo que cabe concluir que no puede predicarse con certeza el carácter de asamblea unánime (Dra. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, según su voto). “Del acta del directorio del 02/06/1999 supra aludida se desprende que ante la manifestación del presidente social referida a la imposibilidad de seguir explotando el campo, se decidió su venta. Sabido es que nuestra legislación societaria reserva al directorio la gestión administrativa, y a todos los actos que superen esa noción son competencia de la asamblea de socios, Esto es que aquel no fiscaliza ni toma decisiones de gobierno sin mengua de gestionar el objeto social y realizar directa o indirectamente todos los actos de representación (Dra. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, según su voto) “**Juzgo que la acción no se encontraba prescripta al tiempo de**

*promoverla y que cabe declarar nula la decisión asamblearia del 24/03/1999 como así también como acto jurídico de prosecución de sus efectos la escritura traslativa de dominio de fecha 08/12/2001”(Dra...) “solo agregaré, so riesgo de fatigar al lector de este veredicto, que declarada nula la asamblea que sirvió de base a la confección de la escritura traslativa de dominio del predio en cuestión el acto jurídico que resultó plasmado en ese instrumento notarial debe considerarse no sólo y al igual que aquella asamblea, nulo sino también inválido. Dr. Juan R. Garibotto, según su voto). “Dado que todo acto jurídico importa uno o más sujetos que mediante una exteriorización de voluntad se ponen en relación con un objeto en razón de determinados fines y como esa voluntad supone, por definición un querer, es posible concluir que son elementos esenciales de todo negocio jurídico (i) el sujeto como persona individual o colectiva portadora de la voluntad jurídica que es quien celebra el acto, que es quien lo quiere; (ii) el objeto materia de negocio aquello que el sujeto quiere sobre lo cual recae su voluntad (iii) la causa final esto es, la razón por el cual el sujeto quiere o, lo que es igual, el fin querido, la finalidad de cuya obtención tiende la voluntad; y (iiii) la forma, es decir, el modo como la voluntad del sujeto se exterioriza con relación al objeto” (Juan R. Garibotto, según su voto). “Aquí ha sido probado que quien adujo actuar en representación de la enajenante Agropecuaria Los Remolinos S.A. **nunca pudo representarla por emanar tal cualidad de una asamblea de accionistas que a la postre, resultó ser probadamente nula. Es así entonces que el acto jurídico celebrado es ineficaz e invalido por ausencia de uno de los elementos esenciales (el sujeto) para otorgarle validez. Ineficacia e invalidez que conllevan que el acto jurídico resulte privado de sus efectos regulares con alcance general “erga omnes” precisamente por ausencia de uno de los elementos esenciales para su constitución” (Dr. Juan R. Garibotto, según su voto).” **El Dial.com – AA7D56 publicado el 21/03/2013**, La resolución transcripta resulta, en mi opinión, decisiva y definitiva para conocer la buena doctrina y reconvenir el apartamiento a la misma.***

En resumen, la acción en análisis debe ser promovida dentro de los tres (3) meses de clausurada la asamblea. Se trata de un breve plazo de caducidad, pues no se suspende ni interrumpe y es común para todos, salvo:

a) falsa causa de la decisión asamblearia, en cuyo caso el plazo del art. 251 de la LGS no resulta aplicable en función de que se trata de supuestos de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público. En dicho contexto la acción de impugnación de nulidad del art. 251 no excluye la acción de nulidad del Código Civil y Comercial de una resolución cuyo objeto es contrario al orden público o al régimen societario. La acción correspondiente se somete al derecho común y el plazo de prescripción será de dos años según el art. 2562 del CCyC (ex art. 4030 del C.Civil) que dice “*Plazo de prescripción de dos años. Prescriben a los dos años a) el pedido de declaración de nulidad relativa y de revisión de actos jurídicos b) el reclamo de derecho común de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo c) el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate de reintegro de un capital en cuotas d) el reclamo de los daños derivados del contrato de transporte de personas o cosas; e) el*

pedido de revocación de la donación por ingratitud del legado por indignidad; f) el pedido de declaración de inoponibilidad nacido del fraude” y el “Art. 2563 Cómputo del plazo de dos años. En la acción de declaración de nulidad relativa, de revisión y de inoponibilidad de actos jurídicos el plazo se cuenta: a) si se trata de vicios de la voluntad, desde que cesó la violencia o desde que el error o el dolo se conocieron o pudieron ser conocidos; b) en la simulación entre partes, desde que requerida una de ellas, se negó a dejar sin efecto el acto simulado, c) en la simulación ejercida por tercero desde que conoció o pudo conocer el vicio del acto jurídico; d) en la nulidad por incapacidad, desde que ésta cesó; e) en la lesión, desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida; f) en la acción de fraude, desde que se conoció o pudo conocer el vicio del acto; g) en la revisión de actos jurídicos, desde que se conoció o pudo conocer la causa de revisión”.

b) Si se tratara de la nulidad absoluta de dicho acuerdo, llevaría a la imprescriptibilidad de la acción impugnatoria y a la inconfirmabilidad del acto atacado de nulidad (arts.386 y 387 del CCyC). Si la decisión es violatoria de una norma de orden público no se produce tal caducidad por aplicación del principio que no puede haber derechos adquiridos contra disposiciones de tal carácter (art 12 del CCyC ex 21 del C.Civil).

En síntesis, la doctrina que pretende incluir en el 251 a toda causal de invalidez de los actos societarios resulta inadmisibles. Por el transcurso del tiempo mal podría quedar firme una decisión asamblearia que fue adoptada sin cumplir los requisitos formales previstos en la ley para la formación de la voluntad social. Las normas que establecen las formalidades para la celebración de las asambleas de accionistas son también de evidente orden público, porque la adopción de acuerdos sociales a través del mencionado órgano constituye cuestión incluida dentro de la tipicidad de las sociedades anónimas, cuestión en donde está comprometida la seguridad jurídica tal como lo señalaron los autores de la ley 19550 en la Exposición de Motivos al Cap. I.

III.5 (i) Las causas de nulidad de los acuerdos asamblearios.

Puede ser consecuencia de irregularidades en la convocatoria, formación o celebración de la asamblea, así por ilegitimidad de la decisión adoptada por los accionistas. Para la jurisprudencia *“todas las etapas que confluyen a la regularidad del acto asambleario deben ser cumplidas estrictamente, porque todas ellas son formativas y conducen a la resolución final y a su ejecución por el directorio”* (CNCom.Sala A. febrero 26 de 1980 “Tellería Luis c. Martínez Valderrama y Cía. SA.; ídem Sala B. mayo 19/09/1995 en autos “Noel Carlos M. c. Noel y Cía. S.A Id. SAIJ FA95130095; ídem Sala A7/07/1978 “Facio Juan E. c. Facio de Crotto Alcira SCA.ots.

En III.2. (iii) se refirió que la acción de nulidad de asambleas o decisiones asamblearias debe promoverse contra la sociedad por ante el juez de su domicilio (arts. 251 y 11, 2 de la LGS). Siempre reviste el carácter de social pues es iniciada en beneficio de la sociedad y no del impugnante como parecería surgir del art. 251. Que sin perjuicio de las medidas precautorias, promovida la demanda (art. 253) sólo se proseguirá el juicio una vez

vencido el término de tres meses con que cuentan los interesados para promoverla para facilitar la acumulación en caso de pluralidad de acciones. El directorio tiene la obligación de denunciarla en cada expediente. Cuando la acción es promovida por la mayoría de los directores o miembros del consejo de vigilancia, los accionistas que votaron favorablemente deben designar por mayoría un representante ad hoc en asamblea especial (art. 250). Por fin, si no se alcanzare esa mayoría el representante será designado de entre ellos por el juez (art. 253 de la LGS).

El tratamiento particularizado de las causas de las nulidades lo concreta Halperín I. (op cit. pág.645). Con relación a las causas de las nulidades, nos limitaremos a señalar que los casos de nulidad de deliberaciones y resoluciones asamblearias pueden ser determinados en: a) existencia de vicios formales o de procedimiento: (i) en la convocatoria; (ii) en los actos a realizarse entre la convocatoria y la reunión; (iii) en la constitución del acto y en la reunión en sí, o sea de actos que afectan la existencia misma del colegio o junta; (iiii) en la deliberación; (iiiii) en la votación y en la proclamación de la misma; (iiiii) en la confección del acta. b) Existencia de vicios de fondo: (i) por falta de capacidad de la sociedad; (ii) por falta de competencia de la asamblea; (iii) por vicios en los votos decisivos; (iiii) por la ilicitud del contenido de la resolución.

III.5. (ii). Distinción entre Nulidad absoluta o relativa.

Además, como bien dice ²²Efraín Hugo Richard- Orlando Manuel Muiño (parág 317 pág. 501 “Derecho Societario” 1ª reimpresión, Astrea, Bs. As. 1998), en cada uno de los casos corresponderá determinar si se trata de una cuestión de nulidad absoluta o relativa, distinción que tiene trascendencia fundamental respecto de los titulares de la acción y a la no aplicabilidad del plazo de tres meses que la doctrina mayoritaria sostiene para casos de nulidad absoluta, lo que ha motivado que se restrinjan, arbitrariamente en mi opinión, esos supuestos, sosteniéndose que son pocos los casos en que puede hablarse de un “orden público societario”.

Cabe tener presente que la acción de nulidad está pautada por los arts. 251, 252, 253 y 245 de la LGS y los principios generales del Código Civil y Comercial de la Nación. La nulidad de las resoluciones puede fundarse en el contenido de las decisiones adoptadas por la asamblea, en los vicios de constitución, de funcionamiento y de la deliberación (discusión y votación). Es necesario considerar el interés protegido con la sanción para fijar el alcance y funcionamiento de la nulidad, ya que en principio resulta válida la decisión cuando esos intereses han sido integra y positivamente tutelados. En cita 245 pág. 641 Halperín (ob. cit.) refiere que “*es este un principio fecundo en consecuencias en todo el ámbito del derecho, pero como dice Donatti debe aplicarse con suma cautela*”.

²² Efraín Hugo Richard- Orlando Manuel Muiño (parág 317 pág. 501 “Derecho Societario” 1ª reimpresión, Astrea, Bs. As. 1998),

Es distinto, conjeturo, a sostener, como lo hace ²³Verón Alberto Víctor “Sociedades Comerciales Ley 19.550 y modificatorias, comentada” Tomo 5 “Actualización General” pág. 438, comentario al art. 251, Astrea, Bs. As. 1996, *“En cuanto al carácter restrictivo y derecho de accionistas se ha reiterado este carácter restrictivo de la invalidez de las resoluciones asamblearias pues la procedencia de una decisión invalidatoria debe ser evaluada con criterio restrictivo como consecuencia del principio de conservación de los actos jurídicos, según el cual en caso de duda debe preferirse la interpretación que bonifica el acto y le dé validez y no al que lo tiene por nulo”* Por supuesto, con las citas jurisprudenciales reproducidas en este apunte en los aps. III. 3 (i) y III.4. (i)

Las nulidades pueden ser: a) absolutas; son las que afectan a normas de orden público (art. 251, 1° *in fine* LGS), o derechos inderogables de los accionistas; b) relativas: cuando las afectan vicios formales en el funcionamiento y/o en la deliberación y/o votación, o del interés particular del socio o de una categoría de ellos. Cabe recordar que el criterio de distinción de las categorías de nulidades en nuestro código civil era algo confuso, por lo que se consideró conveniente dejar aclarado que nulidad absoluta será aquella que es insubsanable con prescindencia de si se trata de acto nulo o anulable, comprendiendo todos los demás supuestos en una sola categoría, la de las nulidades subsanables.

El Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994 elimina la doble clasificación entre actos nulos y anulables y mantiene el mismo funcionamiento de la nulidad absoluta que su predecesor ²⁴(cfr. SAIJ) **Art. 386:** *“Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas.”*

“Para discernir si se trata de una nulidad absoluta deben tenerse en cuenta no solo las disposiciones que conciernen al orden público, sino también la lesión causada a los intereses generales cuya violación, de igual modo, pulverizará de nulidad al acto. De modo que el negocio jurídico será nulo de nulidad absoluta cuando inmediatamente se afecten intereses generales. En el caso de los vicios de la voluntad, en cambio, no se produce de manera inmediata una afección al interés público ni al orden público sino exclusivamente al particular o individual. Por tanto, la nulidad será relativa. En algunos supuestos puede presentarse la hipótesis en que un interés particular merece ser protegido especialmente por el legislador. Ello ocurre cuando el interés comprometido es primordialmente de orden privado, pero el legislador estableció determinada tutela como manera de protegerlo por su importancia para la sociedad. En tal caso, a pesar de afectar intereses privados, la nulidad o invalidez será absoluta, como ocurre cuando se viola la capacidad de obrar en atención a la particular situación de las personas entre sí. Es el supuesto en que se prohíbe a los padres y

²³ Verón Alberto Víctor “Sociedades Comerciales Ley 19.550 y modificatorias, comentada” Tomo 5 “Actualización General” pág. 438, comentario al art. 251, Astrea, Bs. As. 1996.

²⁴ Infoleg SAIJ

tutores contratar por sí, o por intermedio de otra persona, con sus hijos menores de edad (art. 120 CCyC). Como se advierte, aunque se hace referencia al “orden público” y no al interés general, con las diferencias que ambos conceptos suponen, lo cierto es que en la referencia a este último se aglutinan tanto los supuestos en que se viola el orden público como la moral y las buenas costumbres de la sociedad. Para determinar si la nulidad es absoluta o relativa, será preciso entonces examinar hacia dónde apunta la potencialidad destructora del vicio congénito y cuál es el bien jurídico que lesiona, hiere o infringe. **Art. 387:** “Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.”

El CCyC mantiene, como se dejó constancia, el mismo funcionamiento de la nulidad absoluta que su predecesor. Aclara, sin embargo, un aspecto que había dado lugar a polémicas, vinculado con la posibilidad de decretar la invalidez del acto de oficio cuando el vicio y la afectación al interés colectivo o general surge claro de la prueba, admitiendo ahora inequívocamente esa posibilidad.

La nulidad absoluta es aquella en que el vicio afecta en forma inmediata y preponderante el interés general o particular cuando este ha sido especialmente protegido por la legislación. El Código considera que los actos afectados de nulidad absoluta son aquellos contrarios al orden público o a la moral. Puede ser declarada de oficio por el juez.

El Código autoriza la declaración de oficio cuando surge manifiesta en el momento de dictar sentencia. Esta disposición, tomada del art. 384 del Proyecto de 1998, pretende solucionar las dificultades que suscitaba la interpretación de los arts. 1038 y 1047 CC. Según esas normas, algún autor interpretó la posibilidad de declarar de oficio la nulidad cuando el defecto no surgía del título sino que era necesaria la presentación de prueba.

Otra opinión, en cambio, sostenía que si el vicio o defecto surgía manifiesto en el acto, era imperativo para el juez declarar la nulidad. Es preciso aclarar, para evitar cualquier duda interpretativa que, en el texto actual, la posibilidad de declarar de oficio la nulidad es viable cuando el vicio o defecto que lesiona directamente al orden público, la moral y las buenas costumbres, surja de la prueba producida en el caso, ya sea de la aportada por la propia parte o bien de la que se adquiera en el curso del trámite. No interesa que la acción de nulidad se hubiere deducido en el momento de la interposición de la demanda ni que surja evidente por ese entonces.

La posibilidad real del juez de declarar la invalidez del acto surge cuando el defecto se encuentre claramente probado al concluir los trámites, de modo que esté en condiciones de apreciarlo y valorarlo al tiempo de dictar sentencia. Puede ser articulada por el Ministerio Público y por cualquier interesado Tanto el Ministerio Público como cualquier

persona, entre ellos, el Defensor de Menores, pueden solicitar la declaración de nulidad. Basta con que justifiquen un interés legítimo. Como es lógico, no pueden solicitar la nulidad del acto quienes hubieren producido el vicio o lo hayan conocido al tiempo de ejecutar el negocio. Es una manifestación del principio según el cual nadie puede invocar su propia torpeza.

Sin embargo, no se advierten obstáculos para considerar que si el causante de la nulidad no ejecutó el acto viciado, al ser demandado puede oponer la excepción respectiva siempre que no pretenda sacar ventaja de su proceder. No puede ser saneado por confirmación El fundamento de la prohibición que contiene este artículo, en concordancia con el art. 393 CCyC, se explica a partir de lo expuesto anteriormente. Si la nulidad absoluta protege intereses colectivos, o de la sociedad en general, no podrían las partes sanear el acto inválido. Es una consecuencia del principio según el cual la acción de nulidad en este caso no es renunciable. Es imprescriptible Tampoco la acción para reclamar la nulidad absoluta es susceptible de prescripción. De otro modo se podría admitir implícitamente la renuncia en este tipo de casos, pues bastaría con mantenerse activo en el transcurso de cierto tiempo para que opere la confirmación tácita del acto viciado de nulidad absoluta.

Art. 388: *“Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo”*. ... La nulidad relativa está instituida en beneficio de una de las partes.

Por tanto, solamente pueden pedir la nulidad la parte perjudicada por el acto. También pueden hacerlo sus herederos siempre que el acto viciado no sea intransmisible.

El CCyC contiene en este punto una novedad importante, porque amplía la legitimación y confiere acción no solo a la parte en beneficio de quien se estableció, sino además a la otra, en tanto sea de buena fe, siempre que exhiba un determinado interés o “perjuicio importante”, como lo denomina el Código. Es una nueva directiva dentro del régimen nacional de las nulidades, aunque tiene como precedente el art. 1420 del Código de Quebec. De este modo procura lograr el equilibrio entre el principio según el cual el interés es la medida de la acción y se atiende a la posibilidad de decretar la nulidad en tanto ésta importe restaurar la realidad, sin que ninguna de las partes obtenga un beneficio indebido... No hay un concepto unívoco.

Sin embargo, puede definirse como la sanción legal que priva de efectos al acto jurídico en razón de un vicio congénito que produce perjuicios a intereses particulares o privados... Procede solo a petición de parte interesada La nulidad en este caso ha sido instituida en protección de intereses privados. Por tanto, consecuentemente con ello, el

Código sólo autoriza a pedir la nulidad a quien haya padecido el vicio, esto es, por ejemplo, a la víctima de dolo o de violencia. Rige en toda su extensión el principio según el cual el interés es la medida de la acción. De modo que el juez no puede decretar de oficio la invalidez.... el Ministerio Público Fiscal quien no puede pedir la nulidad en el solo interés de la ley o de la moral y las buenas costumbres. Puede, sin embargo, tener facultades concurrentes si, además de la afectación del interés particular, se incurre en violación de algunas del orden público o intereses generales. Sus facultades en ese caso serán concurrentes con las del interesado. ... El acto puede ser confirmado Como la nulidad está instituida en beneficio de una de las partes, el acto viciado es susceptible de confirmación, expresa o tácita. (606Infojus - Sistema Argentino de Información Jurídica)

Art. 389: *“Principio. Integración. Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.”* La nulidad puede ser total o parcial. Es total cuando el vicio o defecto congénito afecta e impregna a todo el negocio. Será, en cambio, parcial, si alcanza a una o varias cláusulas que son perfectamente separables del resto. En este punto, el CCyC ha tomado en cuenta el principio de separabilidad de las distintas cláusulas, al igual que el art. 1039 CC...”

III.5. (iii) Algunas cuestiones controvertidas que no dejan de preocupar surgidas en torno del derecho societario.

III.5. (iiii) El caso “Pereda”.

Se decidió, oportunamente, cuestión no justiciable la que versa sobre la necesidad, conveniencia u oportunidad del aumento del capital social, eliminando del ámbito del art. 251 de la ley 19.550 t.o. 1984 a dichas decisiones sociales, salvo el caso de arbitrariedad extrema o de irracionalidad dañosa del cual resulten perjuicios para terceros. Esto es significar, que el ámbito definido debe quedar exclusivamente reservado a los órganos societarios naturales con competencia legal en la materia. Es probable que se trate del colmo en la interpretación del art. 251 de la LGS y lo alcanzó la doctrina judicial en el caso “Pereda Rafael c/ Pampagro S.A. s/ sumario” por la CNCom. Sala D. fallo del 22/08/1989 L.L.1989-E-182. El fallo ignoró abundante y pacífica jurisprudencia incluso de la misma Sala D que admite la declaración de nulidad de actos asamblearios por abuso de mayorías (Forestier Juan C. “Nulidad de la resolución asamblearia que decide el aumento del capital social con fundamento en el abuso de derecho de la mayoría” La Ley 1985-D-972. Con posterioridad se presentó una realidad sorprendente, mientras la jurisprudencia de las restantes salas adhirieron con reservas a dicha opinión, la doctrina con sólidos fundamentos y en forma casi unánime rechazó la misma. La jurisprudencia impuesta en el caso “Pereda” resulta sumamente peligrosa en los hechos y violatoria de nuestro ordenamiento legal

sostiene Nissen Ricardo Augusto “Panorama Actual de Derecho Societario” pág. 211 Ad-Hoc. Bs. As.2000.

Empero, la experiencia demuestra, que no existe maniobra más reiterada que la simulación de un aumento de capital social para licuar las participaciones de accionistas minoritarios para asfixiarlos económicamente y disminuirlos en el ejercicio de sus derechos patrimoniales y políticos. El autor menciona como solución imponer una prima a las acciones (art. 202) y que se sancione como abuso de derecho y violación al fin societario al que se refiere el art. 54 in fine de la LGS.

III.5. (iiii) En el caso resuelto por la **CNCom. Sala A diciembre 11-1986 “Vistalba S. A. c/ Banco de Galicia y Bs. As S.A. y otro s/ Nulidad Decisiones Asamblearias y Yinot S. A. c/ Banco de Galicia y Bs. As. s/ impugnación de asamblea (Fallo publicado en la Rev. La Ley 1987 B pág. 346)**, se decidió que, con un criterio de razonabilidad, debe exigirse a los impugnantes de la decisión asamblearia (at. 251) los votos necesarios para acceder a uno o más cargos en el directorio, pues de lo contrario no tendría sentido poner en funcionamiento a la jurisdicción. Asimismo señaló el fallo que no resulta que la normativa sobre el voto acumulativo pueda encuadrarse entre aquellas normas calificadas como de orden público, sino solo previstas en beneficio de los accionistas y no de la comunidad. La violación de las normas sobre elección directores y síndicos por acumulación de votos constituyen supuestos de anulabilidad. El fallo decidió con una disidencia, que la normativa sobre voto acumulativo (art. 263 ley 19550) no puede encuadrarse como de orden público, sino más adecuadamente como un conjunto de disposiciones previstas por el legislador en beneficio de los accionistas y no de la comunidad. Esta posición es acompañada por Verón Alberto Víctor “Nulidades societarias. Sistema de voto acumulativo. Protección de abuso de mayorías o minorías” pág. 334 LL. 1987 B.

Cabe recordar que el voto acumulativo constituye un derecho inderogable que el art 263 de la LGS confiere a todo accionista para participar en el directorio de la sociedad. Los accionistas impugnantes han sufrido un perjuicio concreto y real en esta asamblea quienes vieron frustradas sus expectativas de designar un representante en el directorio. La Dra. Miguez de Cantore en su voto en disidencia decretó la nulidad de la decisión asamblearia impugnada puesto que la vía impugnatoria del art. 251 es el único camino previsto para nulificar el acto. El fallo es criticado por Nissen quien pondera el voto en disidencia aludido. ²⁵Nissen Ricardo Augusto “Las minorías y su derecho de impugnar decisiones asamblearias y acuerdos de directorio inválidos” en Rev. La Ley 1987 D pág.1172.

²⁵ Nissen Ricardo Augusto “Las minorías y su derecho de impugnar decisiones asamblearias y acuerdos de directorio inválidos” en Rev. La Ley 1987 D pág.1172.

Un ejemplo que alcanzó difusión lo constituye el conflicto suscitado en la Asamblea de “Siderar” entre Techint y la Gerente General de la Anses y su asesor letrado Ricardo A. Nissen. Siderar había decidido “reservas para futuros dividendos” por \$ 6.455 millones (ejercicio 2010). Ante una medida cautelar que impedía distribuir dividendos y la decisión de la Anses de ejercer el derecho a voto acumulativo por su tercio (1/3) de participación en la empresa se llegó a un acuerdo. Se accedió a incorporar por la Anses los tres directores antes resistidos (Kiciloff, Camacho y Cudos (UOM)) y se distribuyeron dividendos por 3,7 veces más que los estipulados en la orden del día original.

IV. Conclusiones.

Con frecuencia, la mayoría es proclive a identificarse con la empresa y a ésta con la economía nacional. El amparo de la minoría se hace más necesario en las sociedades “cerradas”, por la inexistencia de un mercado para sus acciones, lo que coloca a sus accionistas a merced de la mayoría. Frente a la organización de la sociedad basada en el gobierno de la mayoría y la posibilidad de la modificación de los estatutos sociales por esta mayoría (art. 244 de la LGS), los derechos de los accionistas se fundan en la protección de la minoría, de la buena fe, y en el mantenimiento de las bases fundamentales de la sociedad.

Entre los derechos individuales de los accionistas se encuentra el “derecho de minoría” consistente en la conservación de las bases fundamentales de la sociedad, que en nuestra ley se protege con el derecho de receso (art. 245), el de impugnación de las resoluciones de la asamblea y de ciertas decisiones del directorio (art. 251), la responsabilidad de los directores y de los accionistas por actos y decisiones violatorias de las leyes y de los estatutos (art. 274 y ss.).

El legislador en acertada decisión ha querido evitar de un modo categórico que a través de un acuerdo asambleario adoptado por las mayorías, que el accionista disconforme no integra, se vulneren de una manera definitiva el ejercicio de sus derechos más elementales. En consonancia, prohíbe la supresión o condicionamiento, por vía estatutaria o por imperio de una decisión asamblearia, del derecho de aprobación e impugnación de los estados contables (art. 69), del derecho de preferencia (art. 194), del derecho de receso (art. 245), al voto acumulativo (art. 263), del derecho al dividendo (art. 68) y al derecho de exigir la adecuación del funcionamiento de la sociedad a la ley y los estatutos (cfr. arts. 255, 280, 284, 236, 251 y ccs.). La ley impide mediante normas de evidente orden público que el plazo de tres meses del art. 251 se aplique al caso de nulidad absoluta. Igualmente obsta a que por obra de un acuerdo de accionistas adoptado por asamblea se alteren definitivamente tales prerrogativas.

Es verdad que no cualquier decisión asamblearia aunque afecte algún derecho del socio es susceptible de ser inmediatamente catalogada de nula de nulidad absoluta. Ahora bien, la doctrina y jurisprudencia que pretende incluir dentro del art. 251 de la LGS a toda causal de invalidez de los actos societarios resulta inadmisibles.

Es improcedente que por el transcurso del tiempo quede firme una decisión asamblearia que se concretó sin cumplir los requisitos formales previstos por la ley para formar la voluntad social. Las normas que establecen las formalidades de las asambleas de la sociedad anónima son también de orden público por encontrarse comprometida la seguridad jurídica (cfr. Exposición de Motivos de la Ley 19.550 cap. I, sin mengua con la reforma de la ley 26.994).

Las sociedades anónimas, como es sabido, constituyen la estructura jurídica de la gran empresa sin menoscabo de la importancia económica que tienen las sociedades anónimas cerradas o de familia” en la economía capitalista. Es por ello que el legislador se ocupó de promover la constitución de estas herramientas y la circulación de los títulos accionarios (Sobre la importancia de las sociedades para la economía y estructuración social del país se expidió Halperín Isaac “Curso de Derecho Comercial” t.1. pág.188 Depalma Bs. As.1967).

Como lo aconsejaron Zavala Rodríguez y el propio Halperín se debe proteger normativamente los derechos esenciales de los accionistas para permitirle el control de su inversión y la participación obviamente de buena fe, en la actividad de la empresa. Por fin, es de subrayar que la jurisprudencia que considera que la intromisión judicial en sociedades anónimas constituye cuestión de gravedad institucional que debe ser admitida con excesiva prudencia, causa un grave daño al tráfico mercantil, ya que desanima a cualquiera que pretende invertir sus fondos en emprendimientos societarios, que los derechos esenciales no resulten objeto de protección judicial.-

Referencias bibliográficas.

-
- CARREGA Francisco José, “Sociedades Anónimas” Jurisprudencia Agrupada L.L. 27/08/1997
- FORESTIER Juan C. “Nulidad de la resolución asamblearia que decide el aumento del capital social con fundamento en el abuso de derecho de la mayoría” La Ley 1985-D-972.
- HALPERIN Isaac, “Sociedades Comerciales” Parte General” Reimpresión. Depalma Bs. As. 1966
- HALPERIN Isaac, “Curso de Derecho Comercial Vol. I Depalma Bs. As. 1967
- HALPERIN Isaac, “Manual de Sociedades Anónimas” Depalma, Bs. As. 1967
- HALPERIN Isaac, “Sociedades Anónimas” Depalma, Bs. As. 1974
- HALPERIN Isaac, OTAEGUI Julio C., “Sociedades Anónimas” 2º edic. Lexis nexis Bs. As. 1998

Palladino, J. L. 2016. Apuntes sobre los efectos de las decisiones asamblearias, la impugnación judicial de las asambleas y decisiones asamblearias, la nulidad de las asambleas y el orden público societario. *Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales, Vol. 03 N° 06: 261-293*

MOUCHET Carlos Ricardo, ZORRAQUIN BECU Ricardo “Introducción al Derecho” Perrot, Bs. As. 1959

MUGUILLO Roberto A. “Ley de Sociedades Comerciales Ley 19.550 comentada y concordada” Abeledo Perrot Bs. As. 2009

NISSEN Ricardo Augusto “Curso de Derecho Societario” Ad-Hoc Bs. As. 1998

NISSEN Ricardo Augusto “Panorama Actual de Derecho Societario” Ad-Hoc Bs. As. 2000.

NISSEN Ricardo Augusto “Las minorías y su derecho de impugnar decisiones asamblearias y acuerdos de directorio inválidos” en Rev. La Ley 1987 D NISSEN R.A. y LLantada G. “Claves para entender la reticencia de algunos jueces para la concesión de medidas cautelares societarias” L.L. 20/04/1998

RICHARD Efraín Hugo, MUIÑO Orlando Manuel, “Derecho Societario” 1ª reimpresión Astrea, Bs. As. 1998

VANASCO Carlos Augusto, “Manual de Sociedades Comerciales” Astrea Bs. As. 2001

VERON Alberto Víctor, “Sociedades Comerciales Ley 19.550 y modificatorias Comentada, anotada y concordada” Astrea Bs. As. 1996

VERON Alberto Víctor Nulidades Societarias Sistema de Voto Acumulativo. Protección y Abuso de Mayorías y Minorías L.L.1987-B-338-

ZALDIVAR Enrique, Manóvil Rafael M., Ragazzi Guillermo E. Rovira Alfredo L. Cuadernos de Derecho Societario – Abeledo Perrot Bs. As. 1976

ZALDIVAR Enrique, Manóvil Rafael M., Ragazzi Guillermo E. Rovira Alfredo L. Cuadernos de Derecho Societario – 2ª edic Abeledo Perrot Bs. As. 1980

ZAVALA RODRIGUEZ Carlos Juan “Código de Comercio Comentado” Depalma Bs. As. 1964

ZUNINO Jorge Osvaldo “Régimen de Sociedades Comerciales” Astrea, Bs. As. 1992