

La impugnación de las asambleas societarias y un abordaje que sigue siendo dual a la luz del CCCN

Francisco Junyent Bas

Palabras claves: *régimen de nulidad- impugnación de acto societario- nulidad absoluta o relativa*
Sumario

A la luz del régimen de nulidades vigente en el ordenamiento jurídico argentino, arts. 386 a 388 del CCCN podemos decir que en nuestro régimen societario existen dos clases de acciones para atacar los acuerdos adoptados por los órganos societarios: una de ellas es la prevista por los arts. 251 a 254 de la ley 19.550 que se refiere a la impugnación de acuerdos asamblearios nulos de nulidad relativa, es decir, aquellos que sin la correspondiente declaración de invalidez tienen plena eficacia, aplicable también en materia de reuniones de otros órganos, en especial, el de administración.

Este tipo de acción es la que puede ser definida como la típicamente reglada en el art. 251 y debe iniciarse en el breve plazo de caducidad que dicho artículo señala.

La norma establece que "toda resolución de asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubiesen votado favorablemente en la respectiva resolución, 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 impugnabile por vicios de la voluntad. También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor. La acción se promoverá por ante la sociedad, por ante el juez de su domicilio dentro de los tres meses de clausurada la asamblea".

Tal como se sigue del texto legal, se advierte que resulta decisivo definir el carácter relativo o absoluto de la nulidad que afecta el acto, para discernir si opera o no el plazo de caducidad de 3 meses.

Por el contrario, cuando se encuentran de por medio normas imperativas y/o de orden público, más allá del debate de este tipo de reglas en materia de sociedades, la acción de nulidad surge de los principios generales del derecho y en especial de los arts. 386 y 387 del CCCN, de manera tal que, la nulidad absoluta no encuentra norma societaria que delimite las causales que la configuren respecto de las deliberaciones sociales, tal como lo sostuvo también la jurisprudencia¹.

Introducción.

Las cuestiones relativas a la acción de nulidad típica, reglada en el art. 251 de la ley 19.550, dirigida a impugnar determinados aspectos de un acto asambleario, siempre han implicado la necesidad de articulación con el régimen de nulidades del Código Civil, hoy CCCN, para completar el esquema societario o, en su caso, para explicar que la tipicidad del régimen excluye la legislación común.

Así, Vítolo² expresaba que las decisiones tomadas por el órgano de gobierno cuando resultan violatorias de la ley, el estatuto o el reglamento se encuentran afectadas por un vicio que las torna ineficaces, al igual que cualquier otro acto jurídico, arts. 259 y 279 del CCCN.

Por su parte, Roitman³ explica que la nulidad de las decisiones asamblearias, reglada en los artículos 251 y ss. de la ley 19.550, debe estudiarse dentro del marco del régimen general de las nulidades si bien, modalizado por las particularidades de la ley de sociedades.

Nissen⁴ explicaba que resultaba imprescindible analizar los arts. 251 a 254 de la ley 19.550 para determinar la naturaleza jurídica de la acción de impugnación de acuerdos asamblearios, cuestión que siempre ha dividido a la doctrina en la medida en que aquella es iniciada por

¹ C.N.Com. Sala C, 26/02/96, in re "La central de oxígeno S.A." publicada en "R.D.C.O.", 1986, pág 291.

² Vítolo Daniel Roque, Sociedades Comerciales, Tomo IV, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 273.

³ Roitman Horacio, Ley de sociedades comerciales comentada y anotada. Tomo IV, 2008, pág. 228.

⁴ Nissen Ricardo, Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias, Ed. Palma, 1989, pág. 61.

accionistas afectados por decisiones mayoritarias y que la demanda del accionista debe ser promovida contra la misma sociedad.

De allí, surge la necesidad de definir si nos encontramos frente a una acción social o individual de nulidad de las asambleas y, en su caso, si la normativa societaria comprende a las nulidades relativas y absolutas, como vicios de todo acto jurídico o, por el contrario, como entiende parte de la doctrina y de la jurisprudencia converge con el régimen civil que mantiene su autonomía en orden a las nulidades absolutas, en tanto y en cuanto, en este último caso se encuentran de por medio normas imperativas que detentan el orden público societario.

II. La cuestión sobre la caracterología de la acción y su contenido en orden al régimen de nulidades.

Desde esta perspectiva, se trata de determinar si estamos frente a la configuración de una acción social o individual o de carácter "mixto" y, consecuentemente, el carácter en el que actúa aquél que impugna el acto asambleario o societario.

En igual sentido y en orden al perfil jurídico de la acción de impugnación, cabe analizar las distintas corrientes en torno a su contenido concreto, es decir, si comprende a todas las nulidades tanto relativas como absolutas.

La polémica se origina con motivo del orden público que tutela la nulidad absoluta que no puede caducar en el plazo de tres meses reglado en el art. 251 de la ley 19.550, ni resulta confirmable o prescriptible, por lo que se sostiene la viabilidad del ejercicio de una acción común, o si se quiere con fundamento en el derecho civil, arts. 10, 11 y 12 del CCCN.

De tal modo, también en este aspecto la doctrina se debate entre quienes entienden que la acción societaria es típica y alcanza a todo tipo de nulidad y aquellos que interpretan que la nulidad absoluta no puede escapar a las directrices o ejes que tutelan el orden público, art. 387 del CCCN.

III. La naturaleza de la acción de impugnación.

Desde esta perspectiva, la doctrina ha defendido tres posiciones diferentes para intentar explicar el perfil jurídico de la impugnación de las asambleas y otros actos de los órganos societarios.

Una corriente de opinión entiende que se trata de una "acción individual" que tiene como finalidad defender los intereses del socio afectado, es decir, se trata de una minoría que no obtuvo el éxito en la asamblea y entiende perjudicado su derecho y, por ello, ataca el acto societario en la medida que entiende que lo ha dañado en su calidad de socio.

En esta línea, Lopez Tilli⁵ realiza un estudio de las posiciones doctrinarias y se pronuncia a favor de la acción individual, aun cuando admite que de su ejercicio concreto pueda resultar un beneficio social, lo cual no le quita el carácter individual a la acción impetrada.

En esta inteligencia, si la acción la inicia el accionista a título singular, pero, también resulta idónea para recomponer el organicismo societario, se puede sostener que su naturaleza, "*rectius*"; su perfil jurídico y notas caracterizantes predicen una dualidad que expresa su carácter "mixto".

Desde otro costado, hay quienes afirman que se trata de una "acción social" pues, sólo es procedente cuando se han afectado intereses societarios que perjudican por igual a todos los socios y no solamente a los impugnantes.

En este sentido, Nissen⁶ y Roitman⁷ entienden que se trata de una acción social pues, está enderezada a defender el interés de la sociedad y, consecuentemente, el socio actúa como órgano de defensa social en salvaguarda de las bases fundamentales de la sociedad.

⁵ Lopez Tilli Alejandro, La asamblea de accionistas. Ed Ábaco, Bs. As., 2001, pág. 311.

⁶ Nissen, Op. cit., pág. 61.

⁷ Roitman, op. cit., pág. 233.

Así, Nissen⁸ explica que la acción prevista por el art. 251 debe considerársela una acción social pues, es concedida al accionista como tal, es decir, como integrante de la sociedad, con lo cuál, siguiendo palabras de Siburu⁹, la ley no entiende favorecer directa o indirectamente el interés

del socio, sino el de la sociedad, en la medida que éste obra como órgano de la defensa social en salvaguardia de las bases fundacionales de la sociedad, que son el estatuto y la propia ley.

La naturaleza social de la acción impugnatoria requiere, pues, que el derecho afectado por un acuerdo mayoritario esté comprendido entre aquellos que resultan inherentes al carácter de accionista, de manera tal, que el resultado de esa acción consiste en colocar el funcionamiento de la sociedad en la vía de la ley y del estatuto.

De tal modo, la acción de impugnación promovida por el socio en los términos del art. 251 de la LS, debe ser considerada como una acción social, en el sentido de que, tutelando su interés personal a los efectos del funcionamiento de la sociedad en el cuál está interesado, ejerce un poder de vigilancia que resulta, en definitiva, en beneficio de la persona jurídica.

IV. El alcance de la acción reglada en el art. 251 de la LS: el debate sobre el tipo de nulidad

Uno de los aspectos más complejos que apareja el ejercicio de la acción reglada en el art. 251 es si esta norma comprende todo tipo de nulidad o se refiere solamente a las de carácter relativo.

En esta línea, Halperín⁹ entendía que el instituto es una parte especial del régimen societario, pues la legislación común no comprende la nulidad del acto colegial, y por ende, se aparta de él, por lo que, el art. 251 de la LS alcanza a las nulidades relativas y absolutas, y aún a los actos inexistentes.

En igual sentido, Fargosi¹⁰ siempre defendió que el sistema del art. 251 y ss. de la ley societaria implica un apartamiento de la legislación común y ratifica el criterio del maestro Halperín.

En igual sentido, Uguet¹¹, al defender el carácter del plazo de tres meses como de caducidad y no de prescripción, se ubica también en una defensa de la tipicidad y particularidad del régimen societario que no habilita la recurrencia a las nulidades del derecho común, aunque a la postre termina admitiendo la existencia de dos tipos de acciones, la típica societaria reglada en el art. 251 y la del derecho común en caso de nulidades absolutas, art. 1047 del C. Civil.

Desde esta perspectiva, Manóvil¹² al analizar los arts. 251 y concordantes de la ley 19.550 afirma que se excluyen del régimen societario las violaciones del orden público que se rigen directamente por la normas del derecho común.

En este aspecto, Nissen¹³ explicaba que el *quid* de la cuestión reside pues, en determinar si el art. 251 comprende en su seno todos los supuestos de nulidad que pueden afectar a una decisión asamblearia o solamente aquellos acuerdos que han dañado intereses particulares que impliquen una nulidad relativa.

En esta línea, Roitman¹⁴ expresaba que la cuestión central gira en determinar si se está frente a una nulidad absoluta, que tutela el interés público, o si por el contrario, ésta tiene carácter relativo por estar de por medio un aspecto particular.

Por su parte, Verón¹⁵ manifestaba que las nulidades asamblearias reconocen dos vertientes: a) la de los arts. 251 y sigtes., de la ley de sociedades comerciales, y b) la del derecho común, por aplicación del régimen general de ciertas y graves nulidades del Código Civil, fundamentándose esta

⁸ Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 4, Abaco, pág. 68. ⁹ Siburu, J, Código de Comercio, Tomo 5, Pág. 162.

⁹ Halperín Isaac, Sociedades Anónimas, segunda edición, actualizada por Julio Otaegui, Ed Depalma, 1998, pág 753.

¹⁰ Fargosi, Horacio, De nuevo sobre nulidades de asambleas de SA. La ley. 2006-C-1124

¹¹ Uguet Ricardo, Régimen impugnatorio de las resoluciones asamblearias de las sociedades anónimas, J.A. 2000-IV-1163.

¹² Manóvil Rafael Mariano, Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público: una imprescindible introducción, V Congreso de derecho societario, Tomo II, pág. 312.

¹³ Nissen, op cit, pág. 73.

¹⁴ Roitman, op. cit. pág. 235.

¹⁵ Verón, Alberto Víctor , Nulidades asamblearias, La ley online.

distinción en que tanto para las violaciones al orden público, como para las nulidades absolutas, no existe caducidad, prescriptibilidad y conformidad, alegándose para ello las prescripciones de los arts. 386 y 387 del CCCN.

En otras palabras, la acción del art. 251 de la LSC no abarca supuestos de nulidades absolutas, sino sólo relativas, pero no excluye la acción de nulidad del derecho común.

V. El criterio en la jurisprudencia: la inserción de la acción típica del art. 251 de LS en el régimen civil

La cuestión no ha sido ignorada por la jurisprudencia¹⁶ la que ha destacado que "... Calificada doctrina postula que el plazo fijado por la L.S. 251 es inaplicable cuando el acto colegial está afectado por una causal de nulidad absoluta (C.C. 1047) consistente en la violación de una norma de orden público, teniendo en cuenta que no todas las normas imperativas lo son, por lo cual, el ejercicio de la acción de impugnación de la decisión asamblearia por la sola violación de estas últimas están sujetas al plazo de caducidad de la L.S. 251"¹⁷.

Así, la jurisprudencia¹⁸ ha dicho que cuando la lesión no afecte derechos inderogables de accionistas corresponde desestimar la impugnación, máxime cuando los actos impugnados han sido convalidados por el transcurso del plazo del art. 251 de la ley societaria.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba¹⁹ ha expresado que la falta de información solo puede considerarse idónea para viciar la voluntad de los accionistas cuando, por su entidad tenga una importancia tal que permita prever un cambio de actitud decisivo en la voluntad de la asamblea.

En otras oportunidades, la cuestión ha dividido a los integrantes de diversos tribunales, que han sostenido posiciones disidentes.

Así, en el fallo "Gazzolo", por un lado, se sostuvo que "...si el acto que se esgrime no ha existido, no puede seguirse de aquel, obviamente, efecto jurídico alguno...".

De tal guisa, los vocales Pablo Heredia y Gerardo Vasallo, expresaron que "no ha existido el necesario acto colegial que regula la ley societaria en materia de asambleas y que permite adoptar las decisiones de gobierno que correspondan en cada etapa de la vida del ente y según sea las circunstancias que la involucran".

De tal modo, los magistrados enfatizan que "El acto colegial es un acto único formado de la fusión de las declaraciones de los miembros de un solo órgano"²⁰ y ante la ausencia del mismo, no hubo reunión, menos aún deliberación y por último, no medió votación.

En una palabra, en el caso de marras se trató entonces de una construcción ficticia orientada simplemente a obtener la plataforma jurídica para lograr el ansiado aumento de capital, todo lo cuál implica una nulidad de carácter absoluta.

Así, se pone de relieve que el "iter" asambleario se incumplió casi totalmente, pero sólo se efectivizó la publicación de la convocatoria, que se realizó mediante edictos conforme lo regula la ley 19.550 (art. 237).

¹⁶ CNCom. Sala D, Gazzolo María del Carmen c. Agropecuaria La trinidad S.A., 11/5/2011, La ley, 29/6/2011.

¹⁷ Conf. precisión formulada por los señores jueces Uzal y Kolliker Frers al adherir al voto de la mayoría en el fallo plenario "Giallombardo D.N. c. Arrendamenti Italiani S.A." -CNCom., en pleno, 9.3.07-; Manóvil, R.F. "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 un hito" E.D. 168-545, cap. III, nros. 4, 6 y 7 y doctrina allí citada; Zaldivar, E. y otros "Cuadernos de derecho societario", v. III, nro. 43.4.1.3, p. 491, ed. 1983; contra Sasot Betes M. - Sasot M. "Las asambleas", cap. IV, nro.12, p. 654, ed. 1978 para quien la caducidad rige para los vicios asamblearios de nulidad absoluta y relativa.

¹⁸ SCBA, Sargentona Bruno c/ Instituto médico platense., 26/12/94, RSD-365-94.

¹⁹ TSJ, Sala civil y comercial, Lacasia Graciela y otro C/Maieco S.A, 10/6/99, Lexis nexis N°1/70007219-1.

²⁰ Vaselli, M., Deliberazioni nulle e annullabili della società per azioni, citado por Manóvil R., El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251 de la LS en un fallo que marca un hito, ED 168:545.

De todas formas, el Tribunal pone de relieve que la asamblea no se constituyó (LC 233), y, por tanto no hubo deliberación, tampoco puede predicarse la existencia de quórum, y mucho menos la emisión del voto y consecuente decisión, por lo tanto, la redacción del acta (LC 249), reflejó una "falacia", convirtiéndose en un formalismo absolutamente vacío de contenido.

Por el contrario, la minoría entendió que "resulta aplicable el plazo de caducidad previsto en el art. 251 de la ley de sociedades comerciales al planteo de nulidad articulado por uno de los socios ausentes respecto de la asamblea general extraordinaria en la que la sociedad anónima demandada decidió aumentar el capital social, ya que dicho acto no contiene un vicio que lo afecte de nulidad absoluta, pues el interés patrimonial que se intenta proteger no afecta el orden público.

Tal como hemos advertido el derecho judicial admite la posibilidad de entender que también en materia societaria existen leyes imperativas y/o donde está presente el orden público societario lo que justifica el diferente tratamiento de la impugnación reglada en el art. 251 de la ley 19.550, pese a las críticas de un sector minoritario de la doctrina que no admite dicha diferenciación.

VI. El régimen de las nulidades absolutas: La afectación de derechos inderogables y/o normas imperativas. En esta inteligencia, corresponde afirmar que la nulidad absoluta se configura cuando se afectan derechos inderogables de los accionistas, es decir, normas de carácter imperativo que tutelan el funcionamiento integral del sistema societario.

En este último caso, la doctrina²¹ y la jurisprudencia²² han sostenido que no rige el plazo del art. 251 de la ley 19.550 en aquellos supuestos donde se configuran lesiones que inflingen normas imperativas de la ley de sociedades o se encuentra de por medio el orden público.

En esta línea, cabe destacar que el régimen nulificadorio civil no se aplica en su integridad pues, en materia societaria, la nulidad declarada no importa la retroacción de los efectos cumplidos sino que rige "ex tunc", es decir, hacia el futuro, y ello está plasmado en el art. 252 de la ley 19.550, cuando, refiriéndose a los requisitos de procedencia para el dictado favorable de la suspensión favorable de la suspensión de acuerdos sociales atacados de nulidad, establece la inexistencia de perjuicios para terceros.

Dicho derechoamente, en materia societaria lo que deviene inaplicable son los efectos propios del art. 390 del CCCN.

Alguna doctrina intenta distinguir entre normas imperativas y aquellas en donde está interesado el orden público, argumentando que en materia societaria sólo se configuran normas de las del primer tipo, lo que habilita a sostener que la acción del art. 251 de la LS, comprende todo tipo de nulidades.

VII. Algunas reflexiones

VII. 1. Las incertezas en torno a la configuración del tipo de nulidad.

A todo evento, corresponde puntualizar que no siempre será fácil discernir el carácter de la acción ejercida por el accionista afectado en orden a su carácter de nulidad relativa y/o absoluta y, de allí, la urgencia de reglar la cuestión en forma específica, todo lo cual lo explica con notable versación Ricardo Gulminelli²³ reelaborando integralmente el tema y demostrando sus inconsistencias.

Así, la doctrina ha intentado establecer un criterio y distinción expresa de los vicios que hacen a la formación de la decisión asamblearia u organica, es decir, convocatoria, publicidad, asistencia, orden del día, información, deliberación, votación y confección del acta constituyen, en general, nulidades relativas.

Por el contrario, cuando el vicio se refiere al objeto o causa de la decisión podrá existir en algunos casos una nulidad absoluta con sustento en el derecho común y no en el societario.

²¹ Nissen, op. cit. pág. 75; Halperin, Isaac, Sociedades Anónimas, pág 642; Otaegui, Julio, Invalidez de los actos societarios, pág 395.

²² Cámara Nacional de Comercio, Sala B, Guillermo Kraft Ltda. contra Motor Mecánica S.A., ley 1982-A, pág. 80.

²³ Gulminelli, Ricardo, Elementos del conflicto societario, Ad hoc, 2011, pag. 742 y ss

En esta línea, Nissen²⁴ argumentaba que según el interés jurídico tutelado podrá definirse si se está frente a una nulidad de carácter absoluto y, en esta inteligencia, afirmaba que adhiere a que la violación del quórum y mayorías en la adopción de la decisión infringe evidentes principios de orden público y normas inderogables del ordenamiento jurídico, susceptibles de dar lugar a una hipótesis de nulidad absoluta.

En igual sentido, defiende el derecho de información de los accionistas en orden a la libre deliberación y emisión del voto que debe contar con todas las garantías que el caso requiere pues, no se trata de un problema de forma del acto colegial sino que comprende la sumisión de los derechos políticos de los accionistas.

En una palabra, cabe sintetizar la necesidad de que el carácter de la decisión cuando sea violatorio de la ley o del estatuto no puede quedar reducido a la violación expresa de normas legales formales, sino que comporta la preservación de un sistema de conductas que tutelen el interés social y los derechos de los accionistas.

De todo lo dicho, se sigue la necesidad de respetar la diversa entidad de los vicios que pueden afectar a la asamblea y/o actos societarios, y por ende, regular en la ley de sociedades un sistema que respete dichas diferencias pero, que a la vez, recepte la dinámica propia del quehacer empresario impidiendo la “postergación sine die” de resoluciones necesarias para la marcha del ente social.

VII. 2. La necesidad de reglar un régimen típico que recepte las diferencias en la entidad del vicio.

Desde esta perspectiva, admitiendo la diferencia entre las nulidades relativas y las absolutas, la problemática surge de la “dureza” del plazo de caducidad de tres meses del art. 251 de la ley societaria, que no puede pretender un tratamiento similar ante afectaciones de entidad absolutamente diversa como lo es cuando se configura una nulidad absoluta.

Así, todo este debate y los diferentes criterios, tanto doctrinarios como jurisprudenciales, se solucionan, si en lugar de buscar la alternativa del último Anteproyecto de Reformas que predicaba la imprescriptibilidad de las nulidades absolutas, se articula un sistema típico y propio de la ley de sociedades con dos plazos de prescripción: uno, acotado a los tres meses en caso de vicios formales y relativos y otro, de tres años para las nulidades que afecten el organicismo societario propiamente dicho, es decir, las nulidades absolutas del derecho común.

En una palabra, se trata de poner sentido común y no atarse a posiciones dogmáticas que no ha solucionado una problemática compleja y relevante para buen funcionamiento de las sociedades.

En fin, una temática que parece no tener solución, al menos por ahora y que siempre es necesario repasar y recordar buscando darle congruencia al régimen societario.

²⁴ Nissen Ricardo, Ley de sociedades comerciales, Tomo II, Ed. Astrea, 2010, pág. 871