NULIDAD DE DELIBERACIÓN DE ASAMBLEA O REPARACIÓN DE DAÑO POR VOTO EJERCIDO CON INTERÉS CONTRARIO

EFRAÍN HUGO RICHARD

PONENCIA

1) Compatibilizar las normas de los arts. 248 y 251 de la L.S. conlleva pensar en la conveniencia de legislar normas genéricas en torno a resoluciones colectivas colegiales, propias de los contratos de organización, aplicables a las sociedades.

2) Sólo se ejercitará una acción de impugnación del art. 251 de la L.S. bajo las condiciones del art. 248 de la L.S. en el supuesto de promover la demanda por daño potencial —al no estar ejecutada la decisión, en búsqueda de una medida cautelar de suspensión preventiva—, que deberá proponerse no sólo contra la sociedad —supuesto estricto del art. 251 de la L.S.—, sino también contra el no abstenido como único responsable. Normalmente será conveniente para el impugnante el uso de la acción de responsabilidad, promovible sólo contra el no abstenido, no enfrentando a la sociedad, y sin los límites de legitimados activos y de plazo de caducidad previstos por el art. 251 y ss. de la L.S.

FUNDAMENTOS

1. *La acción de impugnación por voto en interés contrario*

1.1. La jurisprudencia y doctrina la han aceptado en ciertos supuestos,[1] bajo la base de la violación del deber de abstenerse de votar entraña la nulidad de la resolución.[2]

[1] Cámara Nacional Comercial Sala C —integrada por los Dres. Monti, Caviglione Fraga y Di Tella, del 12 de marzo de 1993 en autos "Comisión Nacional de Valores c/ Laboratorios Alex S.A.C.".

[2] Cfme. HALPERÍN, Isaac: *Sociedades Anónimas*, Depalma; OTAEGUI, Julio C.: *Invalidez de actos societarios*, Ábaco, Bs. Aires, 1978, p. 412 y sus citas), por entender que se trata de una nulidad virtual o implícita (cfme. arts. 18 y 1037, Cód.Civil).

VI Congreso Argentino de Derecho Societario,
II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Mar del Plata, 1995)

Estas posiciones determinan la necesidad de un daño concreto para viabilizar la acción impugnativa, que calificaría la noción de interés contrario, y por último cualquiera sea la respuesta que se otorgue a esa cuestión, en general, el efecto de la infracción al art. 248 de la L.S., y su vinculación al art. 251 de la L.S. ¿Se aplica el régimen previsto en el art. 251 de la L.S. o ha sido sustituido por otro específico? [3]

"Quello dell'impugnazione delle deliberazioni assembleari prese con el voto determinante di un socio in conflitto di interessi con la società non è problema di tutela dei diritti della minoranza contro lo strapotere della maggiornaza che dirige la società, ma è problema di tutela dell'interesse stesso della società".[4]

Otaegui sostiene: [5] "En principio la ley sólo impone a quien violó la prohibición con voto decisivo para alcanzar la mayoría, la responsabilidad por los daños y perjuicios (L.S., art. 248), ya que los votos en minoría son indiferentes, pues con los mismos no hay resolución aprobada. Empero, la doctrina prevaleciente entiende que, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños la resolución es nula.[6]

La Cámara Comercial de la Capital Sala B, en fallo del 6 de diciembre de 1982[7] descarta la aplicación para estos supuestos de la acción prevista por el art. 251 de la L.S.

1.2. El daño en ambas doctrinas

Una doctrina judicial rechaza la acción de impugnación por falta de daños, situación generada —quizás— por defecto en la promoción de la demanda.

La otra doctrina judicial rechaza lisa y llanamente la acción de impugnación por entender que se está frente a una acción de daños, donde el factor de atribución de responsabilidad es el incumplimiento de la obligación de abstenerse.

Sea que se trate de una acción de impugnación sometida a determinado presupuesto o una acción por responsabilidad, en ambos supuestos debe exis-

[3] Cfme. nto. trabajo: "Sociedad por acciones: efectos de la resolución adoptada merced a voto emitido en interés contrario al social", *ED*, diario del 14 de septiembre de 1993, nº 8328, pp. 1 a 8.

[4] Cass. Sez. un., 18 abril 1961, nº 853,"Giur.it." 1962, t. I, 840.

[5] OTAEGUI, Julio C.: *Invalidez Societaria*, cit., pp. 411 y ss.

[6] HALPERÍN, I.: *Sociedades Anónimas*, 1974, p. 590; ODRIOZOLA, C.: loc. cit.; ZALDÍVAR, E. y otros: "Cuadernos...", 1975-II, segunda parte, p. 379, nº 43.3.8.1.

[7] *In re* "Carabassa I. c/ Canale S.A.", *LL*, 1983-B-363.

VI Congreso Argentino de Derecho Societario,
II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Mar del Plata, 1995)

tir daño y reclamárselo.[8] "L'art. 2373, seconda comma c.c., ove estabilisce que la deliberazione dell'assemblea di una societá di capitale, adottata con il voto dei soci in conflitto di interesse é impugnabilie qualora possa recare danno alla societá medesima, se, senza il voto dei soci que avreebbero dovuto astenersi, non si sarebbe raggiunta la necesaria maggioranza, fissa, al fine di detta impugnabilità, duo condizioni distinte ed independenti: la prima —in ordine logico— è il danno anche solo potenziale, della società...".[9]

Aquí las coincidencias prácticas. Formulemos ahora las diferencias que surgen de la distinta conceptualización.

El principio desestimatorio de la nulidad por la nulidad misma no es procedente en cuando se trata de relaciones substanciales, sino que sólo es aplicable en el derecho procesal.[10] Sin embargo, el recaudo del daño aparece como un condicionamiento de la declaración de nulidad, por lo que la nulidad por sí misma no procedería, registrándose así un caso de nulidad substancial donde ha menester algo más que la nulidad misma.

La incorporación del art. 248 de la L.S. al sistema del art. 251 de la L.S. —o no—, no descarta la posibilidad que la letra del art. 248 corresponda a una política legislativa que haya querido facilitar la decisión mayoritaria compensando el daño generado. Es un problema de política legislativa.

La jurisprudencia que autoriza la acción de impugnación, la condiciona a la existencia de daño, pues en caso contrario "sólo vendría a satisfacer una inquietud académica".

Pero si el daño aún no se produjo al intentarse una acción impugnativa seguida de medida cautelar de suspensión preventiva, previstas en los arts. 251 y ss. de la L.S., ¿será aceptada? Nos referimos tanto al trámite de la acción misma[11] como a la medida cautelar. ¿Cabe el daño potencial?

[8] La expresión daños y perjuicios, como concepto negativo, no sólo comprende los daños patrimoniales efectivos (*damnum emergens*), sino también las ganancias dejadas de percibir (*lucrum cesans*), cfme. Carmen ALBORCH BATALLER: ob. cit., p. 269; VERÓN: ob. cit., t. 3, p. 881.

[9] E la seconda è constituita dalla cosidetta prova di resistenza, cioè l'accertamento della maggioranza con la previa detrazione dei voti dei soci in conflitto di interessi (con la posición de Otaegui se volvería más rígida que la norma italiana, la argentina). Cass. Sez. I, 13 de febrero de 1978, nº 660, "Mass. deis. Civ.", 1978, nº 390/000.

[10] CNCom., Sala E., 27/10/92, "Suppa, Jorge Albearto c/ Endomet Plast S.A. y otros", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, t. V, p. 477.

[11] "Presupposto dell'annullabilità della deliberazione assembleare di una società è la rilevanza dei voti di coloro cheu avrebbero dovuto astenersi dalla votazione, á norma dell' art. 2373, Cod. Civil, per conflitto di interessi con la società pertanto, trattandosi di un presupposti per l' annullabilità della deliberazione assembleare e non già di una condizione per l'esperimento dell'azione di annullamento, la relativa impugnazione deve ritenersi sempre proponible, anche se infondata" (Cam. Sex. I 18 de diciembre de 1964, n. 2900 en "Banca, Borsa e Titoli di Credito" 1965, II, 395, "Giust. Civ." 1965 I 759 con observación favorable de Giannattasio "In tema di azione di annullamento della deliberazione sociale per conflitto di interessi" Dir. Fallimentare 1965, II, 77.

VI Congreso Argentino de Derecho Societario,
II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Mar del Plata, 1995)

1.3. Condiciones de ejercicio de la acción de impugnación para la doctrina afirmativa en el supuesto del art. 248 de la L.S.

O sea que, en este sentido, la solución de la doctrina del fallo sería más restrictiva aún: no cabe exclusivamente la nulidad sino media daño. Los requisitos para la procedencia de esta acción de impugnación serían:

1°) Existencia de un accionista con interés contrario al social.

2°) Que ese accionista no haya hecho honor de su obligación de informar y abstenerse de votar.

3°) Que el voto del no abstenido haya conformado la mayoría necesaria para aprobar la decisión.

4°) Que la decisión haya generado perjuicio a la sociedad.

5°) Un último recaudo sería el de promover esta acción dentro de los tres meses de adoptada la resolución societaria, al tratarse de una nulidad relativa,[12] de tal manera que han de considerarse tales acuerdos válidos una vez transcurrido dicho plazo.

1.4. Condiciones para el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en el art. 248

Los requisitos para la procedencia de esta acción serían únicamente los cuatro primeros indicados precedentemente.

Si, como señala Otaegui, se aplica el plazo del art. 251 de la L.S. al ser una nulidad relativa,[13] lejos de ampliarse el marco de la acción se limitaría, pues se podría ejercer sólo en tres meses, plazo de caducidad, pues el art. 251 tiende a dar seguridad, funcionalmente a la sociedad y a los terceros, ante nulidades no ostensibles. La CNCom., Sala B,[14] expresó que "El plazo esta-

[12] Se considera que son nulos los acuerdos contrarios a la ley, mientras que son anulables los acuerdos que se opongan a los estatutos o los que lesionen en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Y dentro de los acuerdos nulos cabe distinguir, a su vez entre acuerdos cuya nulidad es absoluta y que el paso del tiempo no puede sanar y otros cuya nulidad es relativa (Cfme. Fernando SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho Mercantil,* 15ª edic., p. 237), ya que la acción de impugnación contra ellos caduca en el plazo de tres meses. Desde otra perspectiva podemos distinguir entre *a)* los acuerdos cuya invalidez deriva de causas que inciden sobre el proceso de adopción del acuerdo por parte de la Asamblea, y *b)* los acuerdos cuya invalidez deriva directamente de su propio contenido. En el caso del voto afirmativo en interés contrario aparecen vinculadas ambas.

[13] LLOVERAS DE RESK, María Emilia: *Tratado teórico-práctico de las nulidades*, Depalma, Bs. Aires, 1985, p. 35.

[14] En autos de "Carabassa, I c/ Viuda de Canale e Hijos S.A." CNCom., Sala B, 21/3/79.

VI Congreso Argentino de Derecho Societario,
II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Mar del Plata, 1995)

blecido en el art. 251 es de caducidad con el objeto de otorgar pronta certidumbre a la fuerza vinculante que emane de la resolución asamblearia". El plazo tiene dos efectos: ser de caducidad, pero imponer la paralización de los autos generando un *litis* consorcio activo necesario.

Justamente, como reacción, nos preguntamos si no podrá ejercitarse la acción del art. 248 de la L.S. por daños más allá del plazo fijado por el art. 251. Y la respuesta debe ser positiva, pues esa acción de responsabilidad no aparece condicionada por plazo de caducidad alguno, por lo que debe entenderse aplicable sólo el término de la prescripción para que el accionado pueda excepcionarse. El voto en interés contrario es de difícil detectación, máxime si la existencia de daño es condición de la acción. Es fundamental señalar que el ejercicio del voto violatorio de la obligación de abstención que permita alcanzar la mayoría, puede ser un vicio no ostensible, no conocible de la propia acta de la asamblea, ni de actos inmediatos sino revelarse muy posteriormente, quizá cuando aparezcan los efectos dañosos.

Son concretas las diferencias entre la acción de impugnación de decisiones asamblearias y la acción de nulidad del Código Civil. La primera se corresponde a la necesidad de estructurar un sistema para impugnación de actos colectivos colegiales o referidos a contratos plurilaterales de finalidad común.

La impugnación del acto o resoluciones colegiales debe formalizarse dentro de un plazo determinado, que tiene una doble función: *a)* plazo de caducidad como política de seguridad jurídica interna y externa a la sociedad, y *b)* plazo de suspensión del trámite de juicios para asegurar la acumulación de acciones.

La resolución de nulidad importa la de atribución de responsabilidad aunque la misma no puede ser automática en la forma prevista en el art. 254 de la L.S.,[15] de cuya solución se aparta expresamente el art. 248: no existe la responsabilidad de todos los accionistas que votaron la decisión, conforme el art. 254 (salvo supuestos especiales de sindicato de votos,[16] etc.), sino exclusiva del que formó indebidamente la mayoría conforme la norma específica del art. 248.

Con la información precedente quizá podría comenzar a entenderse la política legislativa seguida en la norma del art. 248 de la L.S. y su eventual conexión con el art. 251 de la L.S.

[15] Cfme. Rafael Mariano MANÓVIL, ponencia "Revocación y confirmación de resoluciones asamblearias impugnables. Efectos y ejecución de la sentencia que declara su nulidad. Responsabilidades", al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, octubre de 1992, Advocatus, t. II, pp. 359 y ss.

[16] Ver nota 17.

VI Congreso Argentino de Derecho Societario,
II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Mar del Plata, 1995)

1.5. **Nulidad y responsabilidad**

Se señala[17] y aplicamos al caso que la sanción de nulidad y la sanción de daños y perjuicios son independientes entre sí, y dan lugar a acciones judiciales de diferente régimen. Pueden, sin embargo, ser intentadas en forma conjunta, o separada. La sanción de nulidad se rige por sus normas específicas (arts. 1050, 1052, 1053, 1054, 2323 y ss., Cód. Civil, y art. 251, L.S., y la indemnización por daños y perjuicios por los arts. 901 a 906, Cód. Civil, y arts. 248, 275 y concordantes, L.S.).

Se trataría, a la postre, de apartar un acto colegial, interno de la persona jurídica, de los efectos generales de la nulidad, en tanto el acto al ser anulado podría afectar a terceros, comportándolo dentro de la teoría de los arts. 1056/7 del Cód. Civil. El acto no es bilateral (1053), se trata de afectar un acto colegial que puede tener o haber tenido efecto respecto de terceros. Sería el art. 248, LS. una versión para los negocios colegiales, de la previsión del art. 1057 del Cód. Civil.

A la postre, aún aceptando la teoría de la impugnabilidad en el supuesto del art. 248 de la L.S. por la vía del art. 251 de la L.S., si el acto se cumplió frente a terceros de buena fe, aún interpuesta la acción de nulidad, el juez ante la naturaleza de este negocio plurilateral y acto colegial, acogería la demanda en los términos del art. 1057 del Cód. Civil, que se corresponden con la previsión del art. 248 de la L.S.

2. *En conclusión*

Entre las muchas interpretaciones que dejamos formalizadas, dejando inconclusos muchos problemas apenas planteados, podría ser la configuración de una tesis dualista: la resolución en los supuestos del art. 248 de la L.S. sólo será impugnable durante tres meses por interés en perjuicio o contrario al de la sociedad, y luego sólo podrá pretenderse el resarcimiento de daños por todo el plazo de prescripción. Si se supone la existencia de una acción de impugnación, no tenemos duda de esta solución.

En la tesis que dejamos expuesta, el problema resulta indiferenciado. Es una opción del actor que acción ejercita, pero el resultado será siempre el mismo: reparación de los daños.

Sólo atendiendo a las circunstancias del caso, podría intentarse la acción de impugnación para evitar mayor daño a la sociedad —como tutela inhibitoria—, ejercitando la medida cautelar de suspensión preventiva. La evidencia de los hechos podrá autorizar la actuación ante el daño eventual o potencial.

[17] Cfme. LLOVERAS DE RESK, ob. cit., p. 520.

VI Congreso Argentino de Derecho Societario,
II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Mar del Plata, 1995)

La acción del art. 251 de la L.S., es —en cualquier supuesto— evidentemente modificada por el art. 248 de la L.S.: si la resolución judicial fuera nulificante de la resolución en cuestión, por no perjudicar a terceros, los daños y perjuicios previstos por el art. 254 no necesariamente deberían ser soportados por todos los accionistas que votaron favorablemente —salvo que conocieran o fueran advertidos de la concurrencia del voto que imponía la obligación de abstenerse, para generar la mayoría, y de ello resultara luego el perjuicio—, debiendo recaer los daños en cabeza de quién actuó en contra de su obligación, conforme la solución expresa del art. 248.

3. *Temas no afrontados que quedan abiertos al debate*

Si la abstención en supuestos de interés contrario configura una obligación, queda pendiente referirse al derecho de impedir ese voto, o sea al poder de exclusión del ejercicio del derecho de voto en conflicto de interés. Se trata de evitar la existencia de una resolución inválida, vinculándose a los poderes del Presidente de la Asamblea y de la Asamblea misma, a las medidas preventivas que pueda dictar un Tribunal.

También queda pendiente (o no) la posibilidad de impedirlo o de anularlo cuando no exista perjuicio evidenciado, pero si se advierta innecesariedad para la sociedad de adoptar esa resolución que beneficia al socio.

Y otro tema pendiente es el de si promovida la acción de responsabilidad, en el supuesto de aplicación pura del art. 248, o aun cuando se introduzca por la vía del art. 251 de la L.S., la acción es de responsabilidad social, y en caso afirmativo la posibilidad de la renuncia o transacción de la acción promovida, sin convocar a asamblea a tal fin.[18] Otro aspecto es la posibilidad del accionista minoritario de ejercer una acción individual de daños, cuando quien ha actuado en interés contrario es el grupo mayoritario.[19]

El tema ya excede a la regulación de las Asambleas de Accionistas, debiendo también distinguirse entre resoluciones por mayoría y unánimes. Las regulaciones del mismo tema para otras sociedades y la doctrina en torno a resoluciones de órganos de administración aconsejan una sistematización en torno a los actos colegiales colectivos y su impugnabilidad.

[18] Cfr. Paolo BENAZZO: "Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale de responsabilitá. Il ruolo dell'assemblea", en *Sudi nelle scienze giuridiche e sociali*, publicación de la Universidad de Pavía, Nueva Serie, vol. 70, 1992.

[19] Sería un exceso formal exigirle que ejercitara una acción por un monto que corresponde en su mayor parte al mismo grupo demandado. Se trataría de una simbiosis de la acción de responsabilidad con la previsión del art. 54 *in fine*, L.S., imputando los daños al controlante abusivo. Sobre el punto puede verse el desarrollo doctrinario y jurisprudencia extranjera en nta. nota "La frustración del sistema jurídico por uso abusivo de sociedades" en Revista de Derecho Privado y Comunitario nº 4, "Fraudes", Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, noviembre 1993, pp. 81 y ss.. en especial pp. 113 y ss.