

ALCANCE DE LAS CONVOCATORIAS A ASAMBLEAS GENERALES POR EL ÓRGANO DE CONTRALOR

Albert E. Chamorro Hernández

CONCLUSIONES

Constituye una grave omisión del directorio no convocar a asamblea ordinaria anual y la que le requieran accionistas que representen el 5 % del capital o el porcentaje menor fijado en el estatuto.

Pero tal regla no es absoluta, ya que el art. 236 de la Ley 19.550 (en adelante LSC) no siempre tiene alcance obligatorio, ya que no es de aplicación automática.

El alcance de la voz “podrá” del citado artículo no sólo se refiere a que el accionista pueda recurrir a la autoridad judicial o de contralor en forma indistinta, sino que también permite que existan supuestos que deban ser analizados por los órganos facultados a convocar y en tal caso se deniegue la convocatoria solicitada.

Sin perjuicio de ello, si el directorio denegare lo requerido por el accionista se puede recurrir al síndico, o -en su caso- al consejo de vigilancia, y posteriormente al órgano de contralor o a la autoridad judicial para lograr tal convocatoria, debiendo analizar todos ellos la viabilidad de lo requerido.

En última instancia, si se convoca a asamblea (cualquiera sea el convocante y siempre dentro de la normativa societaria) no se causa serios perjuicios a la sociedad, y las decisiones que en ella se tomen deberán ser por mayorías. Siempre queda expedita la acción de nulidad del artículo 251 de la LSC.

Por otra parte, si el artículo 236 de la LSC no distingue entre sociedad anónima de fiscalización estatal *limitada* de la *permanente*, implica que abarca a ambos supuestos, siendo necesario para el primer caso que exista pedido del accionista interesado.

Cuando sea la autoridad judicial la convocante, tal decisión puede considerarse inapelable, no así cuando la decisión emane de la autoridad de contralor, ya que es necesario observar lo establecido por las leyes 22.315 (Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia) y 19.549 (Ley de Procedimientos Administrativos).

1.El directorio y la negativa de convocar a asamblea. Su obligatoriedad

Una sociedad que no realiza en forma periódica sus asambleas quiere decir que es una sociedad que no opera en forma normal. Es por ello que el directorio debe llamar a asamblea no sólo cuando lo estime pertinente, sino también cuando ésta sea requerida por los accionistas facultados a ello.

Ésta regla no es absoluta, ya que la norma no tiene alcance obligatorio, es decir que no debe entenderse que dado el supuesto previsto en el artículo, el directorio deba convocar en forma automática.

Tal aclaración también es extensible a la sindicatura, consejo de vigilancia, autoridad de contralor y órgano judicial, según corresponda.

Es así que existen algunos supuestos en los cuales no procede lo solicitado, especialmente cuando el accionista hace un ejercicio abusivo de su derecho (artí-

culo 1071 del Código Civil), como así tampoco cuando de tal requerimiento implique violar el orden público (artículo 953 del citado Código).

Sostiene Halperin que debe verificarse en cada caso en particular cuales son los fundamentos del requerimiento, a fin de denegarlo cuando existiera un exceso, como ocurriría en el supuesto de exigirse para tratar un tema por una asamblea que haya sido recientemente celebrada, y que haya considerado y decidido la cuestión.¹

También puede darse el caso en el cual no se pueda demostrar en forma inequívoca la condición de accionista, situación ésta que restringe los caminos a seguir por el supuesto socio, ya que si llegada la situación de tener que meritar elementos de prueba sólo le queda expedito el camino judicial (no así la vía administrativa).

Llegamos a idéntica conclusión si es el propio directorio el que le niega la calidad de accionista al interesado y que en virtud de ello -a opinión del órgano de administración de la sociedad- no se encontraría legitimado a efectuar tal requerimiento.

Cabe aclarar que las razones de la no convocación invocada por el directorio pueden que no sean atendibles a juicio de la autoridad de contralor o judicial, llegándose a la conclusión de la inexistencia de obstáculo alguno que impida la convocatoria y consecuente celebración de la asamblea.

No convocar implica una grave omisión para cualquiera de los habilitados legalmente, siempre que dados los supuestos de tiempo y forma, no existan justificativos fundados que avalen tal negativa.

En última instancia, la convocación no puede ocasionar serios perjuicios a la sociedad, ya que no debe olvidarse que una vez que la reunión asamblearia haya dado comienzo, las decisiones deberán ser tomadas por mayorías, y que queda todavía a salvo las acciones de nulidad previstas por el artículo 251 LSC y siguientes.²

2. Fiscalización Estatal Limitada y Permanente. Su relación con el artículo 236 LSC

Independientemente de la fiscalización interna que puede ser ejercida por la sindicatura o el consejo de vigilancia, la legislación societaria permite la fiscalización estatal, reconociendo distintos alcances según la sociedad anónima que se trate.

Diferencia así la fiscalización estatal limitada o amplia, caracterizada generalmente según se trate de una sociedad anónima *cerrada o familiar* o bien de la *abierta* (sin olvidar los restantes supuestos del 299 LSC) limitándose para el primer supuesto (contralor limitado) al contrato constitutivo, sus reformas y variaciones de capital, a los efectos de su intervención en la valuación de los bienes aportados y el examen del contrato constitutivo de la sociedad para su conformidad.

Tal norma se completa con el artículo 301 LSC que extiende la función de vigilancia en las sociedades anónimas no incluidas en el artículo 299 LSC cuando lo soliciten accionistas que representen el 10% del capital, o lo requiera un síndico, o lo considere necesario por resolución fundada, en resguardo de interés público.

¹ HALPERIN, Isaac, "Sociedades Anónimas", pág. 566, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1975.

² NISSEN, Ricardo. "Ley de sociedades comerciales", pág. 564, t. II, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 1982.

La particularidad de éstas sociedades “cerradas o familiares” es la forma en que su capital societario se encuentra conformado, ya que el mismo es integrado internamente por los propios accionistas fundadores, sin recurrir a la oferta pública de sus títulos valores. Esto justifica que la fiscalización estatal no abarque más de lo estrictamente necesario.

En consecuencia, nos queda el segundo supuesto mencionado (fiscalización estatal amplia -artículo 299 LSC-), en donde el contralor se extiende a su funcionamiento, disolución y liquidación del ente.

Ante éstos supuestos, debemos preguntarnos como juega la disposición del artículo 236 LSC con respecto al contralor ejercido.

Parte de la doctrina considera que de una interpretación correlativa con el sistema de fiscalización prevista en los artículos 299 a 307 LSC, se debería llegar a la conclusión de que las asambleas generales no pueden ser convocadas por la autoridad administrativa sino en los únicos casos de sociedades anónimas sometidas a fiscalización permanente y, excepcionalmente, en los supuestos de sociedades anónimas sometidas a fiscalización limitada, cuando concurren las circunstancias del artículo 301, incs. 1° y 2° LSC.³

Nuestra opinión difiere de la descripta precedentemente, ya que si el artículo 236 LSC no distingue a que sociedad anónima se refiere, implica que abarca a ambos supuestos, tanto a las de fiscalización estatal *limitada* y a la *permanente*, con la salvedad que siendo para el primer caso siempre será a pedido del accionista.

3. Importancia de convocar a asambleas

Dentro de toda sociedad anónima existe la necesidad, atento su carácter de ente corporativo, de que sus decisiones sean tomadas en forma periódica por sus integrantes, es decir sus accionistas, sobre las cuestiones que hacen a la marcha de la misma, permitiendo así un mejor logro del objeto social por el cual se constituyó.

La asamblea implica la máxima expresión orgánica de la sociedad dotada de facultades de mayor nivel jerárquico, independientemente de la clase de sociedad anónima de que se trate.

Si a esto le agregamos que los accionistas no se encuentran facultados a reunirse *per se*, la interpretación en cuanto al alcance del artículo 236 LSC no debe ser

³ “Si se nos permitiera ubicar a la sociedad anónima de familia en su lugar real como unidad económica de insignificantes dimensiones, frente a la magnitud de la gran sociedad anónima, se advertiría que la preocupación por preservar los derechos accionarios de una minoría, no se justifican con la implementación de un procedimiento que excede la razonabilidad competitiva de sus órganos naturales, haciendo intervenir, con una medida típicamente interna y familiar en estas sociedades, la facultad de convocar a asamblea por parte de un organismo externo prácticamente extraño a esa realidad que no justifica semejante intromisión; caso contrario, debería haberse permitido también que, v. gr., en las sociedades de responsabilidad limitada con dimensión semejante o superior a las sociedades anónimas de familia, se faculte a un organismo oficial la convocación de las reuniones de sus socios”. VERÓN, Alberto Víctor, “Sociedades Comerciales, Ley 19.550 y modificatorias”, pág. 730, tomo 3, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986. Por su parte Favier Dubois (h) sostiene que “la autoridad de contralor puede convocar cuando, habiendo un pedido, ni el directorio ni el síndico convocan. A tal efecto, debe hacerlo dentro de los cuarenta días del pedido y pasando diez desde la negativa del directorio. Conforme con los arts. 300 y 301 de la ley 19.550, también la autoridad de contralor puede convocar de oficio”. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h),

realizada en forma restrictiva, sino amplia, para que de ésta manera se pueda deliberar en el seno asambleario y en cabeza de sus propios dueños toda decisión que se considere relevante a la actividad societaria.

En definitiva es un derecho propio e irrenunciable que le cabe al accionista y cuya finalidad es asegurar el control de la administración de los negocios sociales que debe ser satisfecho por el directorio sin demora alguna.

Tal protección no debe ser entendida sólo para el amparo de la minoría, sino también de los accionistas en su conjunto, ya que es sólo en la asamblea el lugar en donde se debaten las decisiones de la vida societaria, tanto las ordinarias, como aquellas otras de suma relevancia –v. gr. disolución de la entidad- y que quizás por la negativa injustificada de sus directores no se puedan llegar a las mismas.⁴

4. Posibilidad de solicitar al juez o autoridad de contralor en forma indistinta. Ventajas

El artículo 236 LSC menciona que si el directorio o el síndico omitieren convocar a asamblea dentro del plazo de cuarenta días a partir de la fecha en la que lo hubiera requerido cualquier accionista que represente el cinco por ciento del capital social, la convocatoria *podrá* hacerse por la autoridad de contralor o judicialmente.

El término *podrá*, debe ser analizado desde una doble perspectiva. Por un lado, implica que el órgano facultado para la convocatoria se encuentra obligado a analizar, estudiar y quizás denegar si lo estimare pertinente, la petición formulada.⁵

Por otro lado, significa que se brinda la posibilidad de optar la vía que se considere más apropiada –ya sea la judicial o la de la autoridad de contralor- a fin de que se le permita el efectivo ejercicio de su calidad de accionista de la sociedad.

En consecuencia, la ley le otorga a la autoridad de contralor la misma facultad discrecional que al juez competente para que ante el requerimiento realizado, se convoque o se deniegue según corresponda.

De ésta manera y llegado el momento de tener que optar, lo más conveniente es que sea requerido al órgano administrativo, ya que si se resuelve favorablemente, la misma es convocada en menor tiempo que si se recurriera a la vía judicial.⁶

“Derecho Societario Registral”, pág. 305, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.

⁴ Tiene dicho la jurisprudencia que el recurso a la autoridad judicial para la convocatoria de la asamblea es un remedio legal consagrado por el derecho contemporáneo como uno de los medios que la ley dispone en amparo de la minoría. *In re* “Bado, Augusto”, CNCom. Sala de FERIA, 24/1/64, LL, 134-5.

⁵ “La voz *podrá*...está indicando que el magistrado en cada supuesto deberá verificar no sólo los recaudos de forma señalados por la doctrina y jurisprudencia (calidad de accionista, porcentualidad, plazos corridos e infructuosidad del requerimiento), sino también los de fondo, que atañen a la pertinencia del pedido, a la respuesta que el mismo eventualmente hubiese merecido y a los actos cumplidos por la sociedad después del mismo”. ZAMENFELD, Víctor. “Actualidad Societaria. La Convocatoria Judicial a Asamblea”. La información, T. 70, pág. 1199, noviembre de 1994.

⁶ El criterio sustentado por la Inspección General de Justicia para la convocatoria, ante la solicitud del accionista que cumplimente con los requisitos legales exigidos, si el inspector actuante lo estima oportuno, podrá correr traslado al órgano administrativo de la sociedad a fin de otorgar la posibilidad de convocar a Asamblea de *motu proprio*, evitándose de ésta manera un dispendio de la actividad jurisdiccional. Centenario de la

5. La decisión del órgano de contralor de convocar a asamblea no es inapelable

Cabe ésta aclaración a fin de dejar sentado que parte de la doctrina tiene dicho que cuando sea la autoridad judicial la convocante, tal decisión implica un procedimiento sumario en el que se limita a sustituir la inactividad, culposa o no, de los administradores, y que lo que la ley busca, es brindar apoyo judicial al derecho del accionista a reunirse en asamblea general en los plazos fijados por la ley o por los estatutos cuando ese derecho haya sido vulnerado o desconocido por los administradores, y si se permitiera a los accionistas ser parte en los procedimientos con los derechos procesales inherentes a esa condición, tales como impugnar la resolución o alzarse contra ella, el objetivo de la ley quedaría totalmente frustrado, dilatándose indefinidamente la reunión de asambleas cuando la ley ha arbitrado justamente el procedimiento de la convocatoria judicial para la rápida reunión de aquéllas si los administradores se resisten a convocarla.⁷

Tal tendencia doctrinaria no puede ser entendida en forma extensiva a una resolución que emane del órgano de administración (por ejemplo de la Inspección General de Justicia) ya que los presupuestos normativos en los que se apoyan son distintos.

Ello así que si una resolución de la autoridad de contralor es recurrida, si se cumplimentan los requisitos de tiempo y forma previstos en el artículo 17 de la Ley 22.315 (en el caso de la I.G.J.) corresponderá que el órgano de contralor conceda el mismo con carácter devolutivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

Inspección General de Justicia - Ministerio de Justicia de la Nación, pág. 82, 1993.

⁷ GARRIGUES – URÍA, Comentario, T. I, pág. 639 y 640, citado por VERÓN, Alberto Víctor, op. cit., pág. 725. En éste sentido tiene dicho MATTÁ y TREJO que la resolución del magistrado sobre el tema debería ser inapelable, atento a la naturaleza del reclamo y al derecho en que se funda. MATTÁ y TREJO, Guillermo E.. “Convocatoria judicial a asamblea de accionistas de sociedades anónimas. ¿Replanteo normativo o acertada interpretación?”, en Tercer Congreso de Derecho Societario, Salta 1983, Comisión II, pág. 8, citado por NISSEN, Ricardo. Op. Cit, pág. 239.