

SOBRE CONVOCATORIA JUDICIAL (O ADMINISTRATIVA) A ASAMBLEA

VÍCTOR ZAMENFELD

SÍNTESIS

Se analiza en el trabajo las características que hacen viable la convocatoria JUDICIAL o administrativa a asamblea en la sociedad ANÓNIMA. Se trata de los requisitos que debe revestir la solicitud del accionista y cual será la conducta de los administradores o síndicos que viabilicen el pedido; haciéndose particular HINCAPIÉ en la necesidad de que se funde tanto la PETICIÓN, como la denegatoria por la autoridad societaria en su caso. Se considera el procedimiento a adoptar a la luz de la LEGISLACIÓN vigente y la posibilidad de llevar el requerimiento a la sede JUDICIAL y a la administrativa, sea en forma conjunta, sucesiva o alternativa. Finalmente se hace una REVISIÓN de la propuesta que trae el más-reciente proyecto de reforma a la ley societaria conocido, previo haberse postulado las mejores soluciones aplicables al caso según la normativa vigente y la que se recomienda.

I.- INTRODUCCIÓN

La legislación societaria argentina (LS) establece que el directorio es el órgano natural con competencia para convocar a la asamblea de accionistas y, en caso de no hacerlo éste o en su defecto el síndico¹, prevé diversas alternativas para llevarla a cabo, omitiendo la intervención de aquél, quedando claro para ello que: a) el accionista individual carece de atribuciones al respecto²; y b) sólo los órganos o autoridades taxativamente determinados por la ley tienen competencia para ello.

Siendo que la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia ha considerado que el síndico lleva a cabo exclusivamente el control de legalidad de los actos del directorio (art. 294, inc. 5º, LS)³, entendiéndose por tal la fiscalización del acatamiento de la sociedad a la ley, el estatuto y, en su caso, el reglamento interno, y que el directorio sólo tiene el deber de informar a la asamblea, fácil es advertir que con cierta frecuencia se recurra al mecanismo de la convocatoria judicial (o administrativa) en materia de derecho a la información, cuando el directorio rehúsa hacerlo y el síndico considera que el requerimiento excede su tarea de control⁴. Seguramente se recurriría con menor frecuencia al instituto en análisis –así fuese en parte– si se revisase el actual criterio existente en materia de atribuciones del síndico (que el reciente proyecto de reforma ha mejorado sensiblemente, ver más adelante, capítulo V), pero esta es otra historia sobre la que aquí no nos extenderemos (ver infra, notas 3 y 4).

Entonces, queda claro que hoy se utiliza la convocatoria judicial (o administrativa, que a ambas abarcamos en éste, con las salvedades que quepan en algún supuesto), entre otros fines, como vía apta para

¹ Y el Consejo de Vigilancia, si el estatuto hubiese previsto ese órgano en su normativa (art. 281, inc. b, LS).

² No es el caso, por ejemplo, de la legislación del Brasil, cuya ley de sociedades anónimas, art. 123.b, determina que cualquier accionista puede hacerlo “cuando los administradores retrasaran mas de sesenta días la convocatoria en los casos previstos por la ley o el estatuto”.

³ Lo que hemos criticado severamente en nuestro trabajo “Sobre responsabilidad y atribuciones del síndico societario”, publicado en la “Revista Electrónica de Derecho Societario”, nº 10, setiembre de 2002.

⁴ Véase en tal sentido el caso AVAN S.A., que comentásemos en “Atribuciones del síndico”, revista La Información, t. XXXIII, p. 277, números 6 y 22.

reparar las carencias regulatorias del derecho a la información —al menos así aparece en buena parte de los casos que se presentan— y no es sano que el instituto tenga ese fin. La gimnasia asamblearia, seguramente fatigará los músculos del cuerpo societario, con el consiguiente riesgo para la actividad empresarial en general. Si tutelar los derechos de sociedad y de los accionistas —particularmente de los minoritarios— es el fundamento del instituto, no puede por tanto concederse automáticamente, como se advierte en buena parte de la jurisprudencia actual.

II.- EL PROCEDIMIENTO. LOS REQUISITOS.

LA FUNDAMENTACIÓN DEL PEDIDO Y DE LA DENEGATORIA

¿Cuál es el procedimiento judicial al que se debe ocurrir para resolver los pedidos de convocatoria judicial? ¿Deberá sustanciarse? ¿Qué grado de participación tendrá la sociedad motivo de requerimiento? ¿Deberán estar fundados el pedido y el rechazo por el órgano societario? ¿Puede modificarse o ampliarse el temario propuesto?

(I) LOS REQUISITOS

Los requisitos del pedido, implícita o explícitamente establecidos por la ley para dar andamio a la petición son, indispensablemente: **a)** requerimiento por no menos del 5% del total de los accionistas, salvo que el estatuto fijase un número menor⁵; **b)** temario; **c)** solicitud formulada al directorio y al síndico (a veces a ambos, en otras a uno cualesquiera, véase art. 294.7, LS), agotando de tal modo

⁵ El porcentual exigido por diversas legislaciones varía entre el 5% (España, Francia, Nueva Zelanda), el 10% (Italia y Suiza) y el 20% (Brasil y Alemania). Por nuestra parte nos inclinamos por el 10%, dado que porcentuales muy inferiores encuentran suficiente tutela en la posibilidad de requerir información e investigaciones al síndico (art. 294, incisos 6 y 11, LS) y el pedido de convocación debe ser tratado con mucho mayor rigor que aquéllos. La excepcionalidad propia del instituto impone un mayor rigor, también en lo referido a la cantidad mínima de accionistas que habiliten el procedimiento, y ello —también de lege ferenda— sin perjuicio de que el estatuto pueda establecer un porcentaje menor (nunca mayor).

la vía societaria; **d)** denegatoria infundada o falta de contestación del pedido en tiempo o de convocación para su celebración dentro de los cuarenta días (corridos, art. 28, CCiv, lo que importa en este último caso dejar abierta la vía judicial o administrativa si se advierte que no han comenzado las publicaciones previas dentro de un plazo razonable, no más allá de los primeros quince días).

Un requisito no indispensable, pero que sería de desear se impusiera —de lege ferenda— debería ser la fundamentación del pedido, pues de tal modo el juzgador en su caso —conociendo las posiciones de las partes antes de producido el requerimiento judicial— estaría mucho más cerca de la decisión y sería más expeditivo en la resolución que el caso merezca.⁶

Así, la fundamentación debe encontrarse siempre en la respuesta denegatoria, aunque no necesariamente en el pedido, siendo el único requisito calificable como sustancial, a diferencia de los restantes, de índole formal. La voz “podrá” que se advierte en el párrafo final del art. 236, LS, así lo impone (ver a continuación, **II, 2**).

A todo esto cabe agregar que estamos en presencia de un procedimiento excepcional, que debe someterse a la sede judicial o administrativa con criterio restrictivo o de excepción (conf. Zannol Félix s/ convocatoria a asamblea de I.F. y A. La Ferrolana”, CNApCom, sala D, 17-5-89, citado en revista “Todo Legal”, año 1, n° 8, págs. 10/11; conc. íd., Sala A, 20-7-72, LL 148-567).

Excepcionalidad que igualmente ha señalado la doctrina (**ZALDIVAR**, “Cuadernos de Derecho Societario”, ed. 1983, vol. III, p. 420, n° 43.3.1.1.), que igualmente ha destacado lo obvio en esta materia, esto es que su procedencia no está vinculada a la posibilidad de que la minoría conmueva (o no) con sus planteos la decisión de la mayoría asamblearia (“Mazzini Gustavo c/ Industrias ELASTOM SA”, CNApCom, sala C, 25-6-93, ED: 158-647; “Zannol c/ La Ferrolana”, CNApCom, D, 17-5-89; RDCO, 1990-A-347. Igualmente

⁶ El art. 123, c, de la ley brasileña de sociedad anónimas, que no regula la convocación judicial, permite la convocación a asamblea por accionistas que representen no menos del cinco por ciento del capital social, si el pedido se encuentra “**debidamente fundado**, con indicación de los temas a tratar” y no fuese respondido dentro de los ocho días.

“Frutos de Dupuy c/ Carosi”, JA: 2001-II-753), sino que tenga la posibilidad de hacerlo (ver también al respecto lo que se expone en **III, 5, QUORUM**).

(2) EL PROCEDIMIENTO. ¿VOLUNTARIO O CONTENCIOSO. AUTOMÁTICO O SUSTANCIABLE? LA DENEGACIÓN FUNDADA. LA CONVOCATORIA COMO MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

(a) Parte de la jurisprudencia nacional sostiene, sin que la cuestión haya sido suficientemente analizada, que el pedido de convocatoria judicial debe sustanciarse como proceso **voluntario** (ver “Madero de Seeber María Angélica c/ Haras Argentina SA s/ medida pret.”, CNAPCom, E, 1-11-95, en “Todo Legal”), ya que tratarlo como **contencioso** generaría el riesgo de enervar el pedido. También se afirma que es un procedimiento al servicio de la ley de fondo, por lo que no puede desnaturalizarse el derecho del accionista y la voluntad del legislador dificultando el trámite (**URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA** —en adelante **UMO**—, “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”, Ed. Civitas, Madrid, 1992, t. V, p. 128).

Precisamente por criterios como éstos es que, en sus orígenes, luego de sancionada la actual ley societaria, se comenzó a advertir que los tribunales concedían el pedido *sin más, en muchas ocasiones sin escuchar a la sociedad*.

Hoy podríamos decir, aunque no sea criterio unánime, que se registra un avance en favor del criterio de la sustanciación (conf.: “Cuevas Cabrero c/ IMI Siglo XXI SA”, CNAPCom A, 12-8-94, L.L., 1995-D-580; “Popritkin Norberto B. C/ Salinera Popritkin S.A.”, CNAPCom, B, 1-12-03, DJ: 2004-2-282).

En ese sentido, aun con reparos, tal fue el criterio en “Grabenhaimer c/ Syntetic s/ diligencia preliminar”, donde la CNAPCom B, el 30-4-01, consideró que el pedido de convocatoria no se compadece con una acción judicial (proceso de conocimiento), sino que se trata de solicitar que un órgano societario no frustre un debido requerimiento. “Es pues voluntario y luego de verificar si se cumplen los recaudos de

ley se debe acceder, más aun así corresponde conceder -en orden de la conveniencia funcional- **oír con carácter previo a la sociedad**" (misma sala, 30-3-2001, "Rossi c/ Senma s/ diligencia preliminar").

Es que la voz "podrá", contenida en el art. 236, in fine, LS⁷, claramente así lo impone al magistrado, ya que si puede convocar des- carta que "deba" hacerlo, mucho menos mecánicamente y en consecuencia para decidir deberá llevar a cabo un juicio de valor que exclu- ye la automaticidad; a lo que cabe agregar que por su organización misma el directorio no debe, ni puede, acceder automáticamente a un pedido de ese tipo, sin previamente tratarlo, analizarlo y concederlo o bien denegarlo fundadamente en una sesión del cuerpo. Por eso hemos señalado, al analizar los requisitos, que convendría que el pedido fuese fundado y que necesariamente deberá serlo la denegatoria, puesto que siendo la convocatoria judicial un procedimiento excepcional, deberá acreditarse ante la sede jurisdiccional que el requerimiento del accio- nista no fue doloso o de mala fe y la denegatoria inadmisibile.

(b) Más allá de nuestras fronteras se señala que la convocatoria no es preceptiva, sino discrecional y sustanciable. El art. 101 de la ley de sociedades anónimas española (LSAE)⁸, contiene la voz "podrá" (y la obligatoria audiencia de los administradores), que permite así inter- pretarla (SANCHEZ CALERO, BROSETA, GARRIGUES, citados por UMO, op. cit., t. V, p. 125). A su vez la muy reciente legislación societaria de Italia (decreto legislativo n° 6, del 17 de enero de 2003, que entró en vigencia el 1/1/2004), da similar respuesta al tema,⁹ crite-

⁷ Art. 236, in fine, LS: "Si el directorio o el síndico omite hacerlo, la convocatoria **podrá** hacerse por la autoridad de contralor o judicialmente".

⁸ Art. 101. LSAE: "Si la junta general ordinaria no fuere convocada dentro del plazo legal, **podrá** serlo a petición de los socios, y con audiencia de los administradores, por el Juez de primera Instancia del domicilio social....".

⁹ C.Civ.Ital, Art. 2367. (Convocatoria a pedido del socio). Los administradores o el consejo de gestión deben convocar sin demora la asamblea, cuando lo pida una cantidad de socios que representen no menos de la décima parte o del capital social o el menor porcentual previsto en el estatuto, y en el reclamo se indiquen los temas a tratar.

Si los administradores o el Consejo de gestión, ni -cuando corresponda- el síndico o el Consejo de vigilancia o el Comité de control de gestión, acogiesen el pedido, el tribunal, **luego de haber escuchado a los órganos de administración y control** de la sociedad, **salvo que considerase que debe rechazar el pedido por injustificado**, deberá ordenar la convocatoria de la asamblea, designando la persona que deberá presidirla.

La convocatoria a pedido de socio no admitirá como tema a tratar por la asamblea, conforme

rio que en general se advierte cuando se repasa la cuestión en el derecho comparado. Igualmente el art. 54.2 del Reglamento (CE) 2157/2001, que aprueba el estatuto de la sociedad anónima Europea contiene la misma palabra -“podrá”- en este punto¹⁰. La tendencia general es evidente.

Sin embargo y como se dijo, la sustanciación del pedido de convocación asamblearia no es todavía cuestión tratada con criterio unánime por nuestros tribunales. Así, recientemente, la CNApCom, “A”, con fecha 30/3/01, decidió que “Corresponde disponer *inaudita parte* la convocatoria judicial asamblearia cuando aparecen cumplidos los requisitos legales para ello” (“Lodeiro de López c/ Garay 1182 SRL”, L.L. 2001-D-340). En similar sentido, la sala “C” del mismo Tribunal, en “Klein Enrique Jorge c/ Aswell, S.A. s/ sumario”, del 7/mayo/2002 (ED, 198-243) señaló que “la previsión contenida en el art. 236, última parte de la LS tiene por finalidad arbitrar un mecanismo que permita lograr una rápida reunión de la asamblea en aquellos supuestos en que los administradores son renuentes a su convocatoria, circunstancia por la cual la decisión se adopta *inaudita pars*, siempre que se cumplan los recaudos pertinentes (conf. Verón, 'Sociedades Comerciales', 1998, p. 726)”.

Finalmente y en una posición que de alguna manera contiene a todas y a ninguna de las expuestas, aparece la que postula decidir según las “circunstancias del caso”, criterio discrecional, flexible, pero en el fondo indefinido.

En un caso en ese sentido, se declaró inaplicable el procedimiento sumario establecido en el art. 15 de la ley 19.550 cuando se pide al órgano jurisdiccional que ordene la convocatoria a asamblea de accionistas, agregando: “Toda vez que existe una laguna normativa en relación al procedimiento que corresponde seguir cuando se formula un requerimiento de convocatoria asamblearia, compete al juzgador

a la ley, propuestas de los administradores o que se efectúen sobre la base de un proyecto o de una proposición predispuesta.

¹⁰ “La Junta General podrá ser convocada en todo momento por el órgano de dirección, el órgano de administración, el órgano de control, o cualquier otro órgano o autoridad competente, con arreglo a la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la SE”.

suplir la misma, dictando la providencia que resulte pertinente de acuerdo a las circunstancias de la causa” (“Cuevas Cabrero, Leonides c/ Instituto Materno Infantil Siglo XXI”, CNApCom., Sala A, agosto 12-994, L. L., 1995-D, 580, con nota de Hernán Racciatti h. y Alberto A. Romano).

(c) A su vez, la desestimación del procedimiento sumario luce en el fallo de la CNApCom., sala A, 1998/12/11, “García, Ernesto C. c/ Ablo S.A.” (L. L., 2000-A, 595 [42.410]; JA, 1999-III-742; ED, 187-684). La reciente reforma procesal producida en el orden nacional, hace que hoy ya no sea relevante sostener en esa jurisdicción que el caso no encuadra dentro del procedimiento sumario, simplemente porque este último se ha eliminado del Código de forma. Siendo esto así, la simplificación de alguna manera producida obliga aun más a definir el criterio a adoptar en este supuesto, dado que no es siquiera concebible que el trámite pueda ser el propio de un juicio ordinario.

(d) ¿MEDIDA AUTOSATISFACTIVA? Podría incluso sostenerse que el caso podría ubicarse y resolverse como una medida autosatisfactiva, instituto del que viene ocupándose, desde hace un tiempo, la doctrina procesal. No nos parece aceptable el criterio, al menos mientras la medida no se encuentre regulada legalmente, mucho menos en este caso. Es que aun cuando existen algunos casos en el orden nacional aludiendo a esta figura al invocarse el art. 232 CPCC¹¹, es evidente que esa norma mal puede calificarse de tal, siendo que se refiere al cumplimiento de la sentencia y es entonces claramente definible como medida cautelar, que no es tal el caso de la Convocatoria Judicial que estamos aquí analizando.

Incluso en la jurisprudencia nacional nos encontramos con fallos en que así se califican decisiones difícilmente encuadrables dentro

¹¹ Art. 232 CPCC: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para **asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia**”. Puede igualmente verse en el sentido que apuntamos CNCi-vCap, sala C, 19-X-01, “Poveda César c/ Transportes Metropolitanos Belgrano SA s/ medida precautoria”, ED: 201-38.

de lo que la doctrina denomina como autosatisfactivas¹², lo que igualmente los invalida como referencia aplicable a nuestro tema.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Camacho Acosta Maximino c/ Grafi Graf y otros” (7-ago-97, LL: 1997-E-653), revocando una decisión que decretó una medida cautelar innovativa, asimilándola con la medida de no innovar (consid. 9), señaló la excepcionalidad del recurso, y el riesgo de inconstitucionalidad que el anticipo de jurisdicción tendría sobre tales decisiones, por atentatorias contra principios constitucionales –básicamente el derecho de defensa que es deber de la Justicia consolidar entre nosotros. De alguna manera así el más alto Tribunal de la Nación enervó seriamente la posibilidad de articular hoy tal solución al caso en análisis.

Entonces, nuestra posición al respecto es de rechazo a tales medidas como sola creación pretoriana (conc. PEYRANO, “Informe sobre las medidas autosatisfactivas”, L.L. 1996-A-999); sin ley soporte, como quedó dicho, múltiples serían las cuestiones sin respuesta; para advertirlo, bastará con remitirnos al interesante Anteproyecto de incorporación al CPCyC de Santa Fe, propuesto por el Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, sobre medidas autosatisfactivas y los supuestos que ese proyecto prevé (citado por CARBONE, “El nuevo supuesto *fuerte probabilidad* como...”, en ED, 180-1199, nota 39), demostración clara que las mismas sólo son susceptibles de aplicación al caso por creación normativa. Va de suyo que los supuestos de excepción, quedan fuera de lo aquí expuesto, pero su excepcionalidad hace virtualmente imposible su aplicación a la convocatoria judicial o administrativa.

(e) Por nuestra parte pensamos que no se está en presencia de un proceso voluntario. La jurisdicción voluntaria, que FENO-

¹² “Las medidas autosatisfactivas pueden ser dictadas bajo condición de excepcionalidad -en el marco del art. 232, cód. procesal- en supuestos de urgencia impostergable y amenaza concreta de daño irreparable, y estricta sujeción en su otorgamiento a la verificación de la concurrencia de los requisitos típicos de la tutela anticipada. Por lo cual, tratándose, como en el caso, de una medida anticipatoria susceptible de producir efectos materiales definitivos, para su otorgamiento debe -en principio- darse previa intervención a la parte que resultaría afectada de ser aquélla admitida, garantizándose así el derecho de contradicción consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional” (CNCivCap, sala C, 19-X-01, “Poveda César c/ Transportes Metropolitanos Belgrano SA s/ medida precautoria”, ED: 201-38).

CHIETTO (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ed. 1999, t. 3, p. 764) mejor denomina “no contenciosa”, difícilmente encuadre en el supuesto que analizamos, que por sus propias características es un procedimiento necesariamente sustanciable, en el cual hasta excepcionalmente podría admitirse la producción de pruebas, que es susceptible de caducidad de instancia, cuya sentencia es recurrible y que, en fin, posee todas las características propias del contencioso. Es casi obvio que no estamos en presencia de un supuesto de los que **CALAMANDREI** (“Instituciones”, I, 192) calificó como de “administración pública del derecho privado atribuida a los órganos judiciales”, típico de los procesos voluntarios.

Si se admite este criterio, deberemos concluir que estamos en presencia de un proceso sumarísimo (art. 321, 3º, del CPCCN) que, atento las características de urgencia que la cuestión impone, permite al Juez imprimir la aceleración que el caso requiere, sin por ello enervar derechos de las partes intervinientes (no compartimos en ese sentido, la decisión del ya citado –en II, 2, a- caso “Popritkin Norberto B. c/ Saliñera Popritkin S.A.”, que declaró no apelable la decisión de primera instancia que convocó a asamblea, solución solo posible de lege ferenda). Discrecionalidad y flexibilidad enmarcan la actuación jurisdiccional en el caso, tal como quedó dicho.

De manera que, como se desprende de lo expuesto, queda en claro que en nuestra opinión cualquiera fuese el instrumento procesal aplicable, sobre el cual, como se ve, no existe uniformidad de criterios (lo que es obvio ante la carencia de norma concreta), el principio es que el pedido de convocación no opera automáticamente, deberá sustanciarse y no se podrá ejecutoriar hasta que quede firme.

III. SOBRE DENEGATORIA

Siendo que, como quedó dicho, la de convocar no es obligación que opere en forma automática para el directorio, como se había sostenido a comienzos de la vigencia de la ley 19550 y que ello importa la necesidad de fundar debidamente la petición y, en su caso, el recha-

zo, no nos parece vano ejemplificar supuestos que servirán para apoyar este criterio. Téngase en cuenta que en general se sostiene que el Juez siempre debe examinar, en el planteo de quienes la piden, si se advierte en los que la piden un propósito o actitud dolosa, para impedir o no amparar el uso abusivo de sus derechos por la minoría (UMO, op. y loc. cit., p. 130) y el criterio de excepcionalidad que hemos sostenido en II, (I), tercer y cuarto párrafos, del presente y también de alguna manera en II (d).

En este entendimiento, no se podría acceder a una convocatoria judicial a asamblea si se pretendiesen tratar en general temas que no resultaran procedentes (art. 294.8, LS), tales como los que, por ejemplo, intentasen:

a) reiterar temas ya tratados, que deben ser considerados como abuso de derecho (HALPERIN, "Sociedades Anónimas", Depalma, Bs.As., 1978, cap. XI, n° 10, p. 566);

b) plantear cuestiones respecto de las cuales operó el plazo de caducidad del 251, LS. Hacerlo importaría legitimar la mala fe, mantener vivos supuestos derechos ya extinguidos. Es dable observar como en ocasiones se pretende introducir el tratamiento de reiteraciones de ciertos temas, a manera de método para intentar superar planteos de impugnación caducos por aplicación del plazo previsto en el art. 251 LS y que con la asamblea que se intenta repetir podría tratar de proponerse computando los plazos a partir de ese segundo acto asambleario, lo que evidentemente resulta inadmisibles;

c) tratar temas propios de la exclusiva competencia del directorio. Hacerlo importaría violar la ley, puesto que las competencias vienen impuestas por la ley y, salvo escasas excepciones, no son delegables;

d) El supuesto de abuso de jurisdicción (ver a continuación, capítulo IV).

IV. ¿VIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA? EL ABUSO DE JURISDICCION

Se discute si se puede recurrir a la vía judicial y a la adminis-

trativa, que la ley prevé, sea en forma exclusiva, sucesiva o alternativa. Diversas variables pueden analizarse:

(A) Se pueden proponer ambos reclamos en forma sucesiva, en caso de fracaso de la primera intentada. Es la que admitían **ZALDIVAR** y otros en la primera edición de sus “Cuadernos de Derecho Societario – Sociedades por Acciones”. De todos modos, agregamos ahora, aun aceptando esa posición hoy no podrían hoy proponerse ambas en forma simultánea por cuanto, al menos en jurisdicción nacional, lo impide el art. 22 del decreto 1493/82, reglamentario de la ley orgánica de la Inspección General de Justicia (22315) que, bajo el título “Paralización del trámite”, establece que “Cuando con respecto a una denuncia en trámite exista, por las mismas causales, trabada litis judicial, se paralizará de oficio toda actuación administrativa mientras en la causa no haya recaído sentencia definitiva o interlocutoria que haga sus veces”.

Adviértase, de todos modos, que el trámite administrativo se paraliza, no se archiva, por lo que denegado el requerimiento en sede judicial en ese supuesto, para quienes sustentasen tal criterio el trámite administrativo podría reanudarse; de todos modos resultará muy difícil –sino imposible– sustentar esta posición luego de que la Justicia, por aplicación del art. 306, LS, haya resuelto el caso comoalzada de la decisión administrativa.

(B) Intentada y fracasada la vía administrativa se puede proponer la judicial, no así a la inversa. Es lo que sostiene **FARINA** (“Tratado de Sociedades Comerciales”, t.II – B, Sociedades Anónimas, Zeus Editora, Rosario, 1979, cap. VII, nº 185), criterio que no compartimos por las razones que se exponen a continuación, en (C).

(C) Elegida una vía y desestimada, no cabe ocurrir a la otra, sin que interese el orden con que se intentó proponerlas, pues admitirlo sería incurrir en abuso de jurisdicción, atentatorio de elementales principios de lealtad y buena fe, susceptible de configurar un desgaste que podría atentar con el normal funcionamiento societario y la marca regular de sus órganos, tan motivo de tutela en sus derechos, como el de cualquier accionista. Por lo demás la conjunción disyuntiva “o” que contiene el art. 236, LS (ver supra, nota 7), indica la imposibilidad de

sumar ambos supuestos, que en nuestra opinión son notoriamente alternativos.

V. EL PROYECTO DE REFORMA A LA LEY SOCIETARIA

La Comisión Reformadora creada por resolución 1102/02 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, ha presentado durante el año 2003 un proyecto de modificación a la actual ley societaria, que no ha sido feliz al respecto.

En general no ha innovado en mucho sobre los puntos aquí tratados, maguer las críticas que el texto actual del instituto ha merecido¹³.

¹³ Los nuevos textos propuestos por la Comisión Reformadora, son los siguientes:
"ARTÍCULO 236.- Convocatoria: oportunidad, plazo.- Las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio, el consejo de vigilancia o el síndico en los casos previstos por la ley o cuando cualquiera de ellos lo juzgue necesario o cuando sean requeridas por accionistas que representen por lo menos el CINCO POR CIENTO (5%) del capital social, si el estatuto no fijara una representación menor.
En este último supuesto la petición indicará los temas a tratar y el directorio, el consejo de vigilancia o el síndico convocará la asamblea para que se celebre en el plazo máximo de CUARENTA (40) días de recibida la solicitud.
Si el directorio, el consejo de vigilancia o el síndico omiten hacerlo, la convocatoria podrá hacerse por la autoridad de contralor o judicialmente.
Hasta CINCO (5) días antes de la fecha fijada para la celebración de una asamblea, accionistas que representen por lo menos el DOS POR CIENTO (2%) del capital social podrán entregar en la sede social comentarios o propuestas relativas a las materias incluidas en la convocatoria, las que quedarán allí depositadas a disposición de los accionistas; en las sociedades que hagan oferta pública, se comunicarán por cualquier medio electrónico".
"ARTÍCULO 294 (parte pertinente).- Atribuciones y deberes.- Son atribuciones y deberes del síndico, sin perjuicio de los demás que esta ley determina y los que le confiera el estatuto:
1) controlar la administración y la gestión social, requiriendo los esclarecimientos sobre el curso de las operaciones o actividades de la sociedad o sobre cualquiera de sus negocios en particular; ...
9) investigar de oficio operaciones o decisiones que puedan contrariar la ley, el estatuto o el reglamento, así como las denuncias que le formulen los accionistas que representen no menos del DOS POR CIENTO (2%) del capital, informando al directorio sobre sus resultados y expresando las proposiciones que estime adecuadas. Convocará de inmediato a una asamblea para que resuelva al respecto, cuando la situación investigada no reciba del directorio el tratamiento que conceptúe apropiado y juzgue necesario actuar con urgencia;
10) advertir al directorio cuando se manifiesten hechos capaces de comprometer la continuidad de la empresa. Si no se adoptan las medidas pertinentes, convocará a una asamblea para conocimiento y consideración de los hechos y los comunicará a la autoridad de contralor;
11) convocar a asambleas ordinaria, extraordinaria o especial cuando lo juzgue necesario o cuando omitiere hacerlo el directorio;
12) hacer incluir en el orden del día del directorio o de la asamblea, los puntos que considere procedentes.

Así: **(a)** no se exige expresamente que la petición y la denegatoria en su caso sean fundadas, agotándose de tal modo y antes de ocurrir a la Justicia el camino intrasocietario; **(b)** no se da respuesta concreta a la alternatividad de las vías judicial y administrativa; **(c)** se mantiene el plazo de cuarenta días para celebrar el acto, sin prever que lo importante en la materia es tener noticia dentro de los primeros días del pedido sobre cómo se lo resolvió; **(d)** el porcentual del 5% de los accionistas, exigido para legitimar el pedido, que creemos debe ser mayor, algo que admitimos es opinable (ver nota 5); **(e)** la posibilidad de que el síndico convoque directamente a la asamblea ordinaria, sin haberse requerido ello previamente al directorio, lo que podría llevar a un innecesario punto de colisión entre directorio y sindicatura. Es que, al permitirse que el síndico saltee al directorio en la convocación a ordinaria, como actualmente se exige cuando se pide la convocación a ella, se crea el riesgo de generar un asambleísmo exagerado, que no mejorará la institución sindical; como sí ocurre, en cambio, con el proyectado 294, inc. 1º, LS, que incursiona correctamente en la admisión del control de gestión por la sindicatura. También se comparte la posibilidad de llamar a asamblea ordinaria en determinados supuestos específicos, incluidos como incisos 9 y 10 de la nueva norma propuesta.

Igualmente es interesante la reforma allí donde agrega un último párrafo al art. 236, que permite presentar propuestas o comentarios en la sede social relativos a materias (preferiría dijera temas y no materias, ya que, en definitiva, es el temario aquello de lo que se trata en las asambleas societarias) incluidas en el orden del día, como principio general, lo que constituye una interesante innovación, que permitirá —por caso- y entre otras cosas, discutir mejor posiciones no compartidas por el directorio o incluso por la mayoría en la propia asamblea, sin necesidad de recurrir a cuartos intermedios fundados en el supuesto desconocimiento de lo que se habría de plantear en la sesión. Es de lamentar que, en cambio, no se haya establecido sanción concreta para el caso de omisión de la información que se impone, situación que debió haber sido prevista estableciéndose la de nulidad relativa para el supuesto de incumplimiento de tal recaudo, puesto que de

otro modo carecerá de ~~operatividad en muchos~~ supuestos y obviamente no será solución satisfactoria la penalización a título personal a las autoridades societarias convocantes o de control que hayan incumplido la regla.

En el marco de una necesaria reforma legislativa, hemos considerado apropiado por ello, en el cierre ocuparnos de la propuesta que se trate sobre el tema, intentando así aportar un enfoque que abarque las nuevas propuestas y permita al mismo tiempo interpretar de mejor modo aquello que es hoy ley vigente, obviamente sin invadir por eso aquello que es tarea propia del legislador, tentación en que a veces es fácil incurrir y que desde siempre hemos resistido.

COMISIÓN 8

**CUESTIONES
INTERDISCIPLINARIAS
EN MATERIA
SOCIETARIA**