

**INCOMPETENCIA DEL ÓRGANO PERTINENTE
PARA CONVOCAR A ASAMBLEA UNA VEZ INICIADO
EL TRÁMITE ADMINISTRATIVO O JUDICIAL
PREVISTO EN EL ART. 236 *IN FINE* DE LA L.S.**

CLAUDIO CÉSAR CACIO

PONENCIA

Ponemos pues que: *la omisión del cumplimiento de su deber de convocar a asamblea a petición del accionista legitimado, tanto por el directorio como por la sindicatura sin expresión de justa causa, que motivó la presentación del accionista ante la sede judicial o administrativa a fin de requerirla, priva de competencia al directorio o a la sindicatura para proveerla con posterioridad a la petición judicial o administrativa impetrada al efecto.*

FUNDAMENTOS

Coincidimos con Farina en que es grave falta del directorio, y agregamos que del órgano de fiscalización también, la omisión de convocar a asamblea en tiempo propio. Ello así, toda vez que dentro del marco de la estructura orgánica compleja, característica *típica* y tipificante de la sociedad anónima, la omisión señalada impide el funcionamiento del órgano de gobierno. Que tal funcionamiento, de acuerdo a lo previsto en el ordenamiento legal, es discontinuo pero su importancia de máximo momento para la vida y el desarrollo de la sociedad, a estar a sus competencias específicas (arg. 234 y 235, L.S.). De manera que impedir su actividad conlleva el apartamiento consciente de las normas que, en miras del interés general, han previsto y reglado la organización, los poderes y las responsabilidades tanto en el ámbito interno como externo de las sociedades anónimas.

Todo ello justifica la intervención —administrativa o judicial— que importa el trámite previsto en 236 último párrafo. Utilizamos *ex profeso* la expresión “intervención” y en igual sentido al de la sección XIV del capítulo I de

la Ley de Sociedades (113 a 117, L.S.).¹ Ello así, pues entendemos que se trata de un supuesto específicamente previsto de aquellas omisiones que ponen en peligro grave a la sociedad (113 L.S.), ya que, a tenor de lo brevemente insinuado arriba, no puede considerarse sino como grave, el peligro que entraña para la sociedad el impedir el funcionamiento del órgano de gobierno en modo y tiempo oportuno.

Considérese que dicha omisión no sólo opera el traslado de dicha potestad al magistrado interviniente en orden a disponer la convocatoria, sino también a proveer la designación del funcionario que habrá de presidir la asamblea (arg. 242, 2º párrafo). Es decir que tal actitud omisiva, implica el desplazamiento del presidente del directorio de aquella función que le es connatural, cual es la presidencia de las asambleas (arg. 242, 1º párrafo, L.S.). Dicho desplazamiento opera en el "funcionario" que se designe.

Nótese que la ley habla de "funcionario", y no de cualquier persona (accionista, director o miembro del órgano de fiscalización de la sociedad), con lo que indica que el cargo recaerá en la persona de algún funcionario público idóneo (v.g. un inspector del organismo administrativo de contralor) o bien de alguna otra persona idónea y digna de la confianza del magistrado designada *ad hoc* (caso análogo al de los interventores judiciales).

Esto encuentra razón suficiente en la propia reticencia o renuencia demostrada por el órgano natural requerido; y la ley así lo dispone en salvaguarda de los derechos de los propios accionistas a fin de controlar el regular cumplimiento del mandamiento.

Va de suyo que dicho funcionario designado, sea por la autoridad administrativa de contralor o sea por el juez, deberá a su turno informar sobre la regularidad de los procedimientos y de los actos llevados a cabo en su presencia, en cumplimiento de la misión que le fuera encomendada y de los deberes y funciones propias de quien debe presidir la asamblea. Regularidad, que como veremos, la ley deja de presumir, habida cuenta de la falta grave en que han incurrido tanto el directorio como la sindicatura, al omitir la convocatoria.

Así pues, como la convocatoria judicial a asamblea importa el desplazamiento del presidente del directorio de su función de presidir la misma (236, último párrafo y 242, último párrafo, L.S.), toda vez que el criterio legal supone —al menos— cierta falta de garantías en la regularidad del acto que se persigue si éste fuera presidido por el director que ha demostrado ser renuente, otro tanto acontece en cuanto a la competencia del órgano renuente a provocar la convocatoria, ya que una vez acreditados los extremos que legitiman al

¹ Existe también una concordancia analógica con la fiscalización estatal limitada prevista en el art. 301, inc. 1 de la Ley de Sociedades.

peticionante, el juez o el organismo de control, se encuentran obligados a proveer la convocatoria requerida, en resguardo del cumplimiento de la ley, del interés de la sociedad y de los derechos del accionista peticionante.

Lo contrario sería incongruente, toda vez que resulta carente de sentido que promovido que fuera el procedimiento ante el organismo administrativo o ante el juez, éste decline su competencia en beneficio del órgano que ha demostrado ser reticente y cuya omisión, precisamente, a determinado la necesidad de recurrir a la vía excepcional de convocar a asamblea.

Mientras los legitimados no promuevan el procedimiento, tácitamente estarían consintiendo y convalidando la actitud del directorio o la sindicatura, y por ello, aunque tardíamente, podría el órgano pertinente convocar a la asamblea. Pero una vez excitada la competencia judicial o administrativa (que importa la expresión fehaciente de no consentir tal omisión), se actualizan los criterios legales plasmados en las normas señaladas y se opera ese traslado de competencia en favor del magistrado interviniente en aras también de la seguridad jurídica.

No existen dudas sobre la naturaleza formal y solemne del acto asambleario, pues las formas legales impuestas al efecto, lo son como requisitos indispensables para la validez final de las resoluciones que se adopten.² Sólo el estricto cumplimiento de las formas legales permiten imputar las resoluciones al órgano competente y tenerlas por tales. Cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, tal como se dispone expresamente en el art. 1044 del Cód. Civil, tal acto es "nulo".

Las formas de que aquí se tratan, son las contempladas en los arts. 234, 236 y 237 de la L.S.

Los presupuestos de la petición de convocatoria judicial o administrativa a asamblea, implican la omisión del requisito de plazo y/o del contenido de la convocatoria y por tanto de las formas determinadas por la ley.

Resulta innecesario recalcar que tanto los plazos como los demás requisitos legales están para ser cumplidos, máxime si se considera que dichas formas son impuestas *ad solemnitatem*. Por lo que en una adecuada interpretación integrativa del ordenamiento legal, la convocatoria efectuada por el directorio o la sindicatura con posterioridad a la impetración del trámite previsto en el art. 236 *in fine* de la L.S. es inválida.

Tal conclusión es correcta, aun cuando no se consideraran las formas como solemnes, por la vía de los arts. 18 del Cód. Civil y 251, primera parte, de la L.S., amén del sentido común,³ que así también lo indica.

² Ver y ampliar en: NISSEN, Ricardo Augusto: *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, pp. 91 y ss., Depalma, Bs. Aires, 1989.

³ Al menos en lo que es el "sentido común" para el autor.