

CONEXIDADES Y DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE ASAMBLEA Y LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DEL ART. 251 LSC

MARÍA ISABEL FERESIN

Las pautas de legitimidad que deben observar las asambleas o reuniones de socios, tienen como contrapartida cuando éstas son vulneradas, la posibilidad del recurso impugnativo. El régimen de nulidades requiere para el acto asambleario y para las resoluciones asamblearias de la normativa societaria, de las genéricas normas del C.C., de algunas pocas del C.Com, y obviamente de las normas generales procesales vigentes. De todas maneras podemos ver dentro del régimen societario normas adjetivas en los arts. 251 a 254.

D) LA ACCION DE NULIDAD DE ASAMBLEA

La acción de nulidad de asamblea ataca al acto colegial en su completud, y puede por lo tanto provocar la nulidad del mismo, no

regulado específicamente por la LSC sino por los arts. 18, 953-4, 973-5, 1044-5-7-8 y 1071 del Código Civil. ⁽¹⁾ Por lo tanto pueden incoarse las respectivas acciones en virtud de los siguientes fundamentos, no enumerados taxativamente:

1) Por incumplimiento en la forma del acto, en el sentido de solemnidades ó defectos en la convocatoria, en las publicaciones ó notificaciones (art. 237 LSC). Que las mismas no se hayan efectuado, o bien sin la antelación suficiente. Si en virtud de la naturaleza del vicio se ha impedido la concurrencia y/o la libre participación del accionista se ha llegado a afirmar que se está en presencia de un acto nulo de nulidad absoluta - art. 1044 CC - (Brosman Daryl y O. c. Bel Ray Argentina SA s. Sumario: CNCOM. Sala A 14-6-00).

2) Por defectos en la forma de expresión del consentimiento que se configura con la asistencia y la firma en el libro de asistencia (arts. 923-31-36 CC) y por vicios sustantivos basados en la incapacidad de los accionistas y/o sus representantes legales, por error, dolo o violencia. ⁽²⁾

3) Por inobservancias en la constitución regular de la asamblea a raíz del incumplimiento de las exigencias del depósito de las acciones ó comunicación de asistencia previamente (art. 238 LSC), asiento y posterior firma en el Libro de Asistencia (arts. 238 LSC), en el quorum o mayorías suficientes cuya exigencia formal es también requerida para la toma de decisiones, pero con diferentes efectos, en la configuración y conclusión del acto asambleario (arts. 243-4 LSC), o cuando debidamente anunciado el socio se le impidiere concurrir a la asamblea (Noel c. Noel y Cia SA, LL 1996-A, pág. 117).

4) Por extralimitación en el Orden del Día, cuando el tratamiento y/o la resolución excedan el margen y/o asunto determinado y/o materia permitido por el mismo, según art. 246 LSC.

La forma como elemento general del acto jurídico, funciona como garantía de regularidad, por lo tanto los vicios que ataquen estas solemnidades deben denunciarse al inicio de la sesión asamblearia, a los efectos de que sean ab-initio fundamento de causal de impugnación.

Julio C. Otaegui a este respecto sostiene que el art. 251 LSC

también aquí es aplicable, ya que se trataría de nulidad relativa confirmable por otro acto asambleario posterior debidamente perfeccionado, asimismo sostiene que ante una inadecuada convocatoria, el socio podría no anoticiarse y más aún no poder impugnarla, pero ante una adecuada convocatoria, el plazo del art. 251 LSC comienza a partir de la clausura de la asamblea. ⁽³⁾

Halperin diferencia entre nulidad absoluta por vicio en la forma esencial del acto -donde cabe la acción de nulidad del acto asambleario - y nulidad relativa por vicio en la forma no esencial como ser comienzo del acto asambleario sin quorum suficiente, donde cabe la acción impugnación o nulidad de la resolución adoptada en el acto colegial). ⁽⁴⁾

A entender de Roberto A. Muguillo ⁽⁵⁾ los primeros también se tratan de actos nulos de nulidad relativa, ya que no existe interés público comprometido para que sea absoluta.

II) LA ACCION DE IMPUGNACION DEL ART. 251 LSC

La causa de la acción de impugnación del art. 251 LSC persigue la modificación de la resolución del punto del Orden del Día tratado en la asamblea, apunta más que nada a las nulidades relativas, pero no excluye la acción de nulidad imprescriptibles e inconfirmables del C.Civ. - cuando la decisión es contraria al orden público o al régimen societario, es decir que abarca desde la anulabilidad cuando los vicios son subsanables, hasta la nulidad absoluta. Puede interponerse ante innumerables causales de invalidez - término tomado del Derecho italiano por ser más amplio que el de ineficacia, de todas maneras nuestra mayoría doctrinaria sostiene que la nulidad es una especie de la ineficacia, ya que dentro de esta también estaría la anulabilidad - art. 1058 bis CC-.

En cuanto a los sujetos legitimados activos son los accionistas que no hubieran votado favorablemente, abstenidos y ausente con idéntica calidad al momento de la resolución, los que votaron favorablemente si su voto es impugnado por vicio de la voluntad, los

directores, el órgano de fiscalización en ejercicio de sus funciones, los accionistas titulares de acciones preferidas sin derecho a voto, y la autoridad de contralor. Excepcionalmente la podría ejercer un tercero que acredite un interés legítimo vinculado al interés social (con aceptación jurisprudencial). La sociedad es la legitimada pasivamente.

El plazo para la impugnación es de tres meses contados a partir de la clausura del acto asambleario, salvo que la decisión violara normas de orden público, en ese caso son imprescriptibles. La mayoría doctrinaria y jurisprudencial toma a este plazo como de caducidad breve ante la necesidad de dar seguridad jurídica a las decisiones que se vinculan con la estabilidad de las SA, plasmado también en la Exposición de Motivos de la Ley 22.903. ⁽⁶⁾ Determinada jurisprudencia le dió carácter de caducidad a este plazo de tres meses (Carabassa c. Canale. C.N.C.Sala B, 21-3-79). Otra en que no se hizo aplicable el plazo del art. 251 LSC, y si el comprendido en los arts. 18 y 1047 del C.Civ. dado la magnitud del daño de comprobación objetiva muy elemental (Iturraspe c. Iturraspe s. Acción Social de responsabilidad- 31-12-01- Juz. Civ. y Com. 3º Nom. de Rosario). La Corte Suprema de la Pcia. de Buenos Aires (Salgado c. Polleschi, 4-12-90) sostuvo que la caducidad puede ser declarada de oficio, conf. Llambias J. "Tratado de Derecho Civil, Parte Gral., Tomo II pág. 700. Asimismo se sostuvo que es plazo de caducidad porque su término no es susceptible de interrupción ni de suspensión - CSJN Fallos, 311.2646 -(Parodi de Perez A.s. sumario -26-11-91 y Gonzalez Virginia Elena c/ Texilo SA y.O.s. sumario - 23-12-03 C.N.Com.Sala E). Este plazo es irrenunciable. La oposición a la aprobación del respectivo tema tratado del orden del día, debe efectuarse siempre luego de la votación de la resolución cuestionada.

El bien jurídico tutelado por esta acción son los derechos de los socios minoritarios, el interés social, los terceros y el debido cumplimiento de la Ley, Estatutos y Reglamentos, para contrarrestar el abuso de poder ejercido normalmente por las mayorías accionarias (sin destacar la posibilidad de abuso de poder de las minorías). Aunque para determinada jurisprudencia el conflicto de intereses no está dado por minoría vs. mayoría, sino mayoría vs. interés social (Errecart S- c. La

Gran Largada SA y O. s. Ordinario. CNCom. Sala B - 05-02-04). El derecho a impugnar tiene naturaleza de derecho subjetivo.

Respecto del alcance del daño o lesión para que progrese esta acción sin dudas debe ser efectivo, no hay tanta claridad cuando el peligro es potencial de que se produjere, por ello aquí existe un plus de exigencia: la seriedad del potencial daño (al no estar ejecutada la decisión). El perjudicado del acto dañoso puede ser el socio, pero siempre debe serlo también la sociedad. El beneficio o ventaja no debe provenir solamente de lo económico, sino también cualquier otra de carácter político-social-profesional, aún en los casos en que la utilidad la reciban por interpósita persona. ⁽⁷⁾ Más claros son los casos en que la resolución fue tomada a partir de una mayoría alcanzada por votos en cabeza de quienes se encontraba inhabilitados para hacerlo (arts. 240-241-248-272 LSC), ó cuando por la anulación de votos la mayoría desaparece, en ambos casos es viable la acción con cierta independencia de la existencia del daño social, pero si tiene que ser lesivo para el accionista.

La naturaleza jurídica de la acción de impugnación del art. 251 esta dado en el derecho de amparo hacia el accionista como socio, ya que la resolución asamblearia significa una lesión patrimonial, en donde la impugnación actúa como un factor de defensa social. Debe ser considerada como una acción social, ya que al tutelar el interés personal del socio, tangencialmente lo hace también a favor de la persona jurídica (Revista de las Sociedades y Concursos N° 6. Ad Hoc, pág. 142. Fallo: Villani J. c/Cemeda SA s/Impugnación de Decisión Asamblearia. Cam. Apel. Civ. y Com. Azul, Poia de Buenos Aires, 17/10/97).

Una sentencia favorable produce efectos respecto de la sociedad, todos los accionistas, los restantes órganos sociales, y podrá o no afectar derechos adquiridos por terceros de buena fé a consecuencia del acto impugnado. La sentencia desestimatoria solo produce efectos contra quien y/o quienes promovieron la demanda. Si la sentencia fuera en sentido favorable se debe convocar a nueva asamblea para emitir una nueva resolución social adecuada a la sentencia, la negativa a esto podría generar una intervención societaria y/o acciones

de responsabilidad, y los terceros damnificados demandar por la acción ordinaria de Daños y Perjuicios. El trámite que corresponde a la acción de impugnación puede sustanciarse por el procedimiento sumario (art. 15 LSC) y puede oponerse por vía de acción o de excepción (art. 1058 bis) sea nulidad o anulabilidad, absoluta o relativa.

III) CONEXIDADES Y DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION DE NULIDAD DE ASAMBLEA Y LA ACCION DE IMPUGNACION DEL ART. 251 LSC

Ante una asamblea tramitada regularmente nace la factibilidad de adoptar resoluciones asamblearias, que a su vez requieren de sus propias formalidades. Luego de cumplidas estas formalidades nacen a partir del tratamiento de los diferentes temas del orden del día, la posibilidad jurídica de incoar las acciones del art. 251 LSC. Jurisprudencialmente se ha sostenido de que ambas acciones son diferentes, en cuanto a la previsión legal, por lo tanto se puede estar frente a una asamblea formalmente perfeccionada con efecto propios, independientemente de las nulidades que puedan emerger a partir del tratamiento y/o resolución de los diferentes temas del orden del día -art. 251 LSC-(Malpiedi c. Ferraris SA. LL 1995-4 pág. 476. C.Civ. y Com. Rosario-Sala I).

Ahora bien, la acción de nulidad de asamblea acarrea la nulidad también de las resoluciones habidas con posterioridad al inicio de la asamblea impugnada, por los vicios en la constitución formal del órgano, no así a la inversa porque el acto colegial asambleario formalmente perfeccionado es el acto legitimante de la actuación posterior del órgano asambleario. Siempre cabe la posibilidad de ratificación por otra posterior asamblea formalmente constituida, ya que el acto imperfecto le genera al órgano convocante esta obligación saneatoria en tanto se trate de nulidad relativa. Existe también unidad funcional en los actos asamblearios porque pueden ser interdependiente de otra asamblea posterior a, lo que puede habilitar la vía impugnatoria de la segunda a partir de la nulidad de la primera, impli-

cando valoración de la prueba en conjunto. La primera juega como hecho generador de la segunda.

IV. CONCLUSION

Las conexidades y las diferencias entre las acciones de nulidad de asambleas y nulidad de resoluciones asamblearias, se dan a partir del concepto de nulidad y sus respectivas clasificaciones del Derecho Civil (con carácter intersubjetivo) y particularmente del Derecho Societario (con carácter intrasubjetivo y orgánico), y concluyen en el bien jurídico protegido que contienen cada una de ellas.

El poder abusivo de la mayoría tiene mejor despliegue en el mundo fáctico de la sociedad, cuando se vulnera el interés social. Opuestamente la minoría lo tiene en el uso abusivo y temerario de las acciones de impugnación, interpuestas de acuerdo al provecho exclusivo y particular de los accionistas. El punto de equilibrio lo da el interés social, la prudencia judicial en la apreciación de la prueba, y el cumplimiento de los extremos probatorios por parte de los demandantes.

Las irregularidades dadas tanto en la completud del acto como respecto de una resolución asamblearia, en tanto se traten de nulidades relativas tienen como punto límite de respeto la seguridad jurídica de las relaciones socio-económicas que este tipo societario involucra en protección de los derechos individuales, por lo tanto es aplicable para ambas los términos del art. 251 LSC. Pero tratándose de nulidades absolutas el límite está dado en el orden público societario propiamente dicho. Estos principios de orden superior pueden ser cambiantes, en consecuencia esto conlleva a una dependencia directa de la interpretación judicial, que además se encuentra sujeta a una variada jurisprudencia que no permite poner orden respecto de este tema tan conflictivo.

La Comisión de Reforma creada por el Dto. 112/02 distingue en el régimen de impugnaciones las acciones que caducan por ser anulables, de las imprescriptibles por estar afectadas por nulidad absoluta

(con carácter restrictivo), las que tienen objeto ilícito y las que violen normas de orden publico. Respecto de las resoluciones adoptadas sobre materias no incluidas en el orden del día no caducan, pero el derecho de impugnación prescribe a los tres años de la confección del acta.

De la misma manera en que esta Comisión avanza respecto de esto último, debería regularse también sobre la exposición a perpetuidad de las acciones de nulidad absoluta, obviamente con la máxima prudencia y restricción, en pro de la preservación de la sociedad y de los derechos patrimoniales, y con el objetivo de evitar la aplicación del actual y conflictivo régimen de nulidades del derecho común y dar mayor certeza y prioridad al régimen de nulidades específicamente societario.

RESUMEN

La Comisión de Reforma creada por el Dto. 112/02 distingue en el régimen de impugnaciones las acciones que caducan por ser anulables, de las imprescriptibles por estar afectadas por nulidad absoluta (con carácter restrictivo), las que tienen objeto ilícito y las que violen normas de orden publico. Respecto de las resoluciones adoptadas sobre materias no incluidas en el orden del día no caducan, pero el derecho de impugnación prescribe a los tres años de la confección del acta.

De la misma manera en que está Comisión avanza respecto de esto último, debería regularse también sobre la exposición a perpetuidad de las acciones de nulidad absoluta, obviamente con la máxima prudencia y restricción, en pro de la preservación de la sociedad y de los derechos patrimoniales, y con el objetivo de evitar la aplicación del actual y conflictivo régimen de nulidades del derecho común y dar mayor certeza y prioridad al régimen de nulidades específicamente societario.

NOTAS Y REFERENCIAS

(1) Conf. GIUNTOLI Maria C.: "Nulidades asamblearias. Régimen legal aplicable", ponencia VI

(San Miguel de Tucumán, 2004)

Cong. Arg. Der. Soc. y II Cong. Ib.T. I pág. 70: sostiene que el instituto de nulidades contenido en la Ley 19550 solo complementa el régimen común sin conformar uno nuevo y distinto.

- (2) Conf. OTAEGUI Julio C.: Esquema de la justificabilidad de las decisiones asamblearias y su invalidez. Rev. Est. Der. Com. IDC San Isidro Nro.6 pág. 23 y ss: Sostiene que si la incapacidad no afecta quorum ni mayoría, el acto asambleario y la resolución asamblearia son válidas por el principio de conservación del acto jurídico (arts. 100 y 248 LSC, 218 inc.3 CCom., 1037 CC). Hay opiniones doctrinarias en disidencia.
- (3) Conf. OTAEGUI Julio C.: "Invalidez de actos societarios". Abaco. 1978. Bs. As. Págs. 408 y ss.
- (4) Conf. HALPERIN Isaac: "Sociedades Anónimas". Depalma. Bs. As. 1975. pág. 645.
- (5) Conf. MUGUILLO Roberto: "La acción de nulidad de asamblea y la acción de impugnación del art. 251 LSC. Estudio Homenaje al Prof. Dr. Efraim H. Richard. Ad Hoc. Bs. As. T. II. Pág. 54
- (6) En el mismo sentido de "caducidad": FARGOSI Horacio P.: "Caducidad o prescripción de nulidad de decisión asamblearia". LL 1975 - A, págs. 1061, ZALDIVAR E. y o. "Cuadernos de Der. Societario" Tomo II, Bs. As, 1975, Pág. 393.
- (7) Jurisprudencia española citada por BROSETA PONT Manuel: Manual de Derecho Mercantil. Tecnos. Madrid. 1994. Pág. 295.