

SUSPENSIÓN PROVISORIA DE LA CELEBRACIÓN DE ASAMBLEAS EN CASO DE VICIOS EN SU CONVOCATORIA Y APLICABILIDAD DEL ART. 236 DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

ALEJANDRA NOEMÍ TEVEZ

RESUMEN DEL CONTENIDO DE LA PONENCIA

Si bien como principio general puede postularse acertada la postura de acuerdo con la cual no corresponde, en principio, suspender provisoriamente la celebración de asambleas, dicho criterio no debe considerarse absoluto. Todo socio tiene derecho a que las asambleas sean convocadas en forma legal, del modo previsto en forma imperativa por la ley de sociedades comerciales, y, en definitiva, el que está en juego es el interés de la sociedad, que debe verse tutelado. En consecuencia, siempre que se cumplan los recaudos propios de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho, peligro en la demora, prestación de contracautela) cuando los defectos en la convocatoria luzcan

ostensibles y manifiestos, verificables por el juez con la sola presentación del interesado, procede que el magistrado: a) suspenda preventivamente la celebración de la asamblea en la fecha prevista; b) establezca un plazo breve a fin de que se subsanen los defectos que posibiliten la deliberación válida del órgano; y c) de corresponder, disponga convocarla judicialmente.

PONENCIA:

En los supuestos de irregularidades manifiestas en la convocatoria a asamblea y reunidos los requisitos propios de toda medida cautelar, procede la suspensión preventiva de su celebración en la fecha prevista. En tales casos, resulta razonable que el juez establezca un plazo a fin de que se subsanen los defectos que posibiliten la válida reunión del órgano y, de corresponder, disponga el magistrado simultáneamente que la convocatoria regular se realice en los términos del art. 236 de la ley de sociedades.

FUNDAMENTOS:

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, resulta francamente mayoritaria la corriente jurisprudencial de los tribunales comerciales de la Capital Federal que postula en principio la imposibilidad de disponer la suspensión cautelar de la celebración de asambleas.

No se trata del supuesto en que habiéndose celebrado ya la asamblea y planteado judicialmente la nulidad de lo resuelto por ella, se intenta a título cautelar la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada (conf. art. 252 de la ley de sociedades comerciales). El caso no presupone una asamblea ya realizada sino, antes bien, una situación distinta: lo que se pretende es impedir anticipadamente que la reunión de socios se lleve a cabo.

En este sentido, distintos precedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostienen que, en principio, no procede suspender la celebración de las asambleas de las sociedades anónimas.

Así, ha sido dicho que *“hacerlo equivaldría a privarlas de formar voluntad sobre los puntos del orden del día establecido. En todo caso, si esa voluntad fuese formada irregularmente, o decidiese en forma contraria a la ley, los reglamentos y el estatuto, se seguirán las consecuencias que en derecho correspondan, pero no puede impedirse esa actuación de toma de decisiones, paralizando la gestión social”*¹.

En términos generales puede afirmarse que en los casos jurisprudenciales en que se rechazó la suspensión precautoria de la convocatoria a asamblea, se ha preferido no frustrar la deliberación del órgano bajo el argumento según el cual la eventual resolución asamblearia que se tome en su seno resulta pasible de impugnación de acuerdo con lo previsto por el art. 251 de la ley de sociedades. En definitiva, se ha puntualizado que el interesado *“...dispone de los medios que la ley le otorga para evitar la ejecución de la decisión que se adopte en el supuesto de mediar motivos graves (conf. Art. 252, ley de sociedades comerciales)...”*².

Esta línea de pensamiento, que estima contraria a derecho la medida de no innovar consistente en prohibir la realización de asambleas, es compartida por un sector de la doctrina. Tal es la postura de Farina quien, teniendo en consideración que la asamblea constituye un órgano necesario de la sociedad, entiende que *“...privar al ente de ella importa desnaturalizarla e impedir su existencia...por lo que si lo querido es preservar el estado de cosas anteriores a la contienda judicial podrá acaso prohibirse que dichos órganos ordenen actos que alteren ese estado de cosas, pero nunca evitar que delibere(n) y formen la voluntad social. Caso contrario se anula al ente al privarlo de expresión...”*³

2. IRREGULARIDADES MANIFIESTAS EN EL LLAMADO A ASAMBLEA Y LA CONVOCATORIA JUDICIAL

(i) Ahora bien: sin perjuicio de las particularidades que pueden

¹ CN Com., Sala D, 13/08/92, “Coll, Bernardo c/ Gómez, Carlos s/sumario”. En el mismo sentido: id. id., 8/2/02, “Inspección General de Justicia c/ Teba S.A.”.

² CNCom., Sala B, 2/10/02, “Guardia Rubén A.G. y otro c/ Orlando Hnos. S.A.”: En el mismo sentido: CNCom., Sala A, 22/12/77, “Chomik, Oscar c/ Chomik Hnos S.A.”.

³ Farina, Juan Manuel, “Tratado de Sociedades Comerciales” Parte Especial t.II-B, p. 178.

presentar las distintas situaciones en las que se invoque la existencia de irregularidades en el llamado a asamblea, lo cierto es que puede resultar perjudicial para la sociedad que el órgano se reúna y delibere no obstante la presencia de vicios manifiestos en la convocatoria que, a la postre, aparejarán la nulidad de la decisión que se adopte. Imaginemos convocatorias asamblearias con defectos en las publicaciones haciéndolas conocer en virtud de la falta de acatamiento del número de días exigido legalmente o de la anticipación requerida por la ley, entre otros incumplimientos de las formalidades previstas por el art. 237 de la ley de sociedades. O supuestos en que se exhiban palmarias imprecisiones u oscuridad en el texto de los edictos, o errores u omisiones en el orden del día. Inclusive, el caso en que la resolución del órgano de administración convocando a asamblea estuviere viciada de nulidad⁴. En estos casos, podría constituir un peligro para el patrimonio social que la deliberación se efectúe de todas maneras, aún mediante irregularidades fácilmente comprobables en la convocatoria, que se traduzcan luego en la nulidad de lo decidido por la reunión de socios.

En estos excepcionales supuestos, consideramos que resulta preferible impedir provisoriamente que la asamblea se celebre en la fecha prevista y, simultáneamente, fijar breve un plazo para superar la situación planteada, pues mal podría disponerse una suspensión 'sine die'. De tal forma, se posibilitará anunciar correctamente su celebración, o integrar adecuadamente las mociones insertas en el orden del día, o formar correctamente la voluntad del órgano convocante, por ejemplo. Ello así a fin de preservar la validez de las decisiones que luego se adopten, ya que, como es sabido, los poderes de la asamblea en tanto órgano soberano de la sociedad no son ilimitados, y deben ejercerse dentro de los límites de la ley, el reglamento o el estatuto.

Bien ha sido señalado que todas las etapas del acto asambleario son formativas de la voluntad social y deben ser necesariamente cumplimentadas en protección de quienes contribuyen a la adopción de los acuerdos, porque los requisitos de publicidad, quorum, o mayorías

⁴ Nissen, Ricardo A., en ponencia presentada a las X Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial celebradas en Tanti, Córdoba, 11 y 12/9 de 2001, p. 55.

tienden a garantizar el acto mismo; de allí que cuando ha existido violación de la ley, el estatuto o el reglamento, aún en la hipótesis de que la resolución final fuera inobjetable sufrirá los efectos de la anomalía que la precedió⁵.

Pero fuera de estos supuestos, en los que se acredite a más de los recaudos propios de las medidas cautelares una verdadera situación de riesgo que imponga la necesidad de que el órgano judicial intervenga del modo en que se propone, considero que debe prevalecer un criterio restrictivo y depararse un tratamiento prudente a todo lo que importe una interferencia en la vida de la sociedad. Ello resulta coherente con la línea doctrinaria y jurisprudencial que sostiene que toda inmisión judicial en entes privados debe ser objeto de consideración excepcional⁶ y atiende además a que el riesgo que se procura aventar (la nulificación de un acto de gobierno social) también debe interpretarse restrictivamente⁷.

(ii) Un caso particular dentro de la amplia gama de posibilidades de convocatoria irregular a asamblea se plantea a veces cuando un accionista minoritario se ve obligado a recurrir a la justicia ante la inactividad del directorio o el síndico de la sociedad para efectuar el llamado en los mismos términos del requerimiento formulado por el socio.

La ley de sociedades comerciales en su art. 236 establece que las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio 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 del capital social si los estatutos no fijaran una representación menor. Como la norma prevé que en este último caso la petición debe indicar los temas a tratar y el directorio o el síndico debe convocar a asamblea (para celebrarse en el plazo máximo de cuarenta días de recibida la solicitud), parece evidente que el temario de la convocatoria debe necesariamente coincidir con el propuesto por el accionista minoritario. En

⁵ CNCom., Sala B, 19/05/95, "Noel, Carlos M. M. c. Noel y Cía. S.A."

⁶ Zaldivar, Enrique-Manovil, Rafael-Ragazzi, Guillermo-Rovira, Alfredo, "Cuadernos de Derecho Societario", t.III p. 394, Abeledo Perrot, 1976.

⁷ Halperin, Isaac, "Sociedades Anónimas", Buenos Aires, 1974, p.645.

efecto: si se solicita una convocatoria y la asamblea es llamada para tratar cualquier tema pero no los incluidos en la solicitud, la situación es subsumible en la falta de convocatoria.

A mi modo de ver, es este un supuesto específico de ilegalidad palmaria en el llamado a asamblea que habilita al accionista en cuestión a requerir la convocatoria judicial prevista por el citado art. 236 en su apartado final. Recuérdese que esta disposición constituye una norma imperativa que regula claramente el modo en que las asambleas deben convocarse en una sociedad anónima. Si se permitiese que el directorio o el síndico convoque del modo en que le plazca o sin respetar las reglas establecidas por el ordenamiento societario se crearía una enorme confusión y una gran incertidumbre, que es precisamente lo que la ley quiso evitar al reglar la cuestión de modo claro e imperativo.

En este particular supuesto, entiendo que la solicitud de suspensión de celebración de una asamblea irregularmente convocada debe integrarse con el pedido de su convocatoria judicial de acuerdo a derecho. La pretensión así planteada sería, en la práctica, altamente beneficiosa. ¿Cuál sería el perjuicio? ¿Un retraso de dos semanas, acaso menos, en la celebración de la asamblea? Comparemos las molestias que pueden, en su caso, generarse mediante una dilación acotada de este tipo, con los riesgos para el patrimonio social que pueden seguirse de permitirse la ilegal convocatoria, y creemos que cualquier duda que pudiere existir quedará disipada.

3. CONCLUSIONES

Si bien como principio general puede postularse acertada la postura de acuerdo con la cual no corresponde, en principio, suspender provisoriamente la celebración de asambleas, dicho criterio no debe considerarse absoluto.

Todo socio tiene derecho a que las asambleas sean convocadas en forma legal, del modo previsto en forma imperativa por el ordenamiento societario, y, en definitiva, el que está en juego es el interés de la sociedad, que debe verse tutelado. En consecuencia, siempre que se cumplan los recaudos propios de las medidas cautelares (verosimilitud

del derecho, peligro en la demora, prestación de contracautela) cuando los defectos en la convocatoria luzcan ostensibles y manifiestos, verificables por el juez con la sola presentación del interesado, procede que el magistrado: a) suspenda preventivamente la celebración de la asamblea en la fecha prevista; b) establezca un plazo breve a fin de que se subsanen los defectos que posibiliten la deliberación válida del órgano; y c) de corresponder, disponga convocarla judicialmente.