

LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE ASAMBLEA. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD Y EL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO

Eduardo A. Marsala

Ponencia

No existen normas de “orden público societario” que pueda ser violado por decisiones assemblearias, y que por lo tanto, se goce para el inicio de las acciones de impugnación del beneficio de la *imprescriptibilidad*. Estas últimas, quedarían reducidas a aquellas cuestiones en las cuales se invoque la violación de normas de orden público en general.

I. Introducción

Mucho se ha escrito en nuestra doctrina sobre este tema. Sin embargo, teniendo en cuenta la proliferación de acciones de impugnación de asambleas que se inician en tribunales sobre la base de las normas civiles y apartándose del plazo y términos del art. 251 de la L.S., considero pertinente traer nuevamente el tema a debate.

II. Antecedentes

La ley 19.550 se había apartado del régimen de las nulidades del Código Civil, estableciéndose un régimen -sujeto a un plazo de caducidad- por la regulación del art. 251 de aquella. Sin embargo, con posterioridad a la sanción de la reforma introducida por la ley 22.903, se “omitió de la nueva redacción del texto de dicho artículo, “... *contrarias al orden público...*”.

III. Régimen de las nulidades societarias

A partir de tal momento, y a modo de síntesis, se expusieron en doctrina 2 teorías:

1. La primera que manifiesta que se debe aplicar el régimen de las nulidades del Código Civil y que la normativa del art. 251 L.S. rige solo algunas causales de nulidad relativa, y que a estas, es a la única que se les aplica el artículo mencionado ^{(1) (2)}.

2. La que expresa que el artículo 251 regula las nulidades relativas y el Código Civil las nulidades absolutas. Dentro de esta postura, se puede dividir:

a. La que sostiene que las nulidades absolutas prescriben conforme las normas de derecho común y por lo tanto no son imprescriptibles ⁽³⁾.

b. Las que expresan la imprescriptibilidad ^{(4) (5) (6) (7)}.

3. Finalmente, la que sostiene que tanto las nulidades relativas como las absolutas, se rigen por el art. 251 de la L.S. ^{(8) (9)}.

(1) "Nulidades asamblearias. Régimen legal aplicable", por María Cristina Giuntoli, presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario, t. I, p. 68, Mata y Trejo: ponencia en II Jornadas de Derecho Societario, 1981, Revista Notarial número especial, p. 123. Fargosi, Horacio, "Nuevamente sobre la nulidad de asambleas de sociedades anónimas", E.D. 174-996. Manóvil, Rafael Mariano, en "El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251 de la L.S. en un fallo que marca un hito", en El Derecho, t.168, 1996, p. 545.

(2) Mascheroni, Fernando y Muguillo, Roberto, en "Régimen jurídico del socio", p. 249. Nissen, Ricardo, "Aumento del capital social y orden público comprometido", L.L. del 25 de febrero de 1997; Otaegui, J. C., *Invalidez del acto societario*, Bs. As., 1978, p. 144.

(3) Vanasco, "Contribución al estudio de las acciones de impugnación de asambleas y decisiones asamblearias en la ley 19.500, ponencia del II Jornada de Derecho Societario, en Revista notarial, numero especial, pág. 123.

(4) Fagale, Gustavo Gabriel O., en *VI Congreso Argentino de Derecho Societario*, t. I, p. 127

(5) S.C.B.A., 4-12-90, "Salgado c/ Polleschi, Aldo y otros", en DJBA 141-4137.

(6) CNCom., Sala C, 19-07-996, "Calvet, Francisco c/ Cittadella" en L.L. 1997-D-888.

(7) CNCom., Sala B, 21-12-84, L.L. 1985-D-95.

(8) Rodríguez de la Puente, Luis, en "Impugnación de Asambleas. La aplicación de diversos regímenes", en *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario*, t. II.

(9) Conf. cita Verón, en su *Tratado*, t. 5, p. 438.

IV. Proyecto de reforma

El proyecto de reforma de 2005, traía una importante reforma al art. 251 que parecía zanjar la cuestión debatida, pues disponía:

1. Dispone el plazo de 3 meses de caducidad para las nulidades relativas.
2. Dispone el plazo de 3 años de prescripción para las nulidades relativas referentes a cuestiones no incluidas en el orden del día.
3. Establece la imprescriptibilidad para las nulidades absolutas, o sea, aquellas que violenten “... *que contravengan normas cuya infracción ésta ley sanciona con nulidad absoluta, las que tienen objeto ilícito y las que violen normas de orden público*”.

Resulta, pues indiscutible que el mencionado proyecto receptaba la postura de la imprescriptibilidad de la acción por nulidades absolutas, que iba prevaleciendo en la doctrina y jurisprudencia.

Sin embargo, el mencionado proyecto no fue sancionado, con lo cual, la cuestión continúa con el debate pendiente

V. Las nulidades absolutas

Como expresé al comienzo, el grave problema se presenta con este tipo de nulidades, ya que la praxis nos demuestra que ante el vencimiento del plazo de caducidad del art. 251 de la L.S., se inician las demandas alegando en todos los casos nulidad absoluta con el fundamento de la violación del orden público.

La pregunta pues, es ¿Cuál es el orden público societario?, ¿existe, o por el contrario nos estamos refiriendo al orden público en general?

Para este ponente, resulta dificultoso pensar en términos de “*orden público societario*”, teniendo en cuenta los parámetros que conocemos de *orden público jurídico*.

Así, siguiendo a *Gabriela Salort de Orchansky y Cristian Asensio* ⁽¹⁰⁾, se puede decir: “*el orden público implica por esencia considerar el*

(10) Salort de Orchansky y Asensio, Cristian, en “La Regulación de la impugnación de la decisión asamblearia en el art. 251 de la ley 19.550 y en el anteproyecto...”, en “IX Congreso de Derecho Societario”, T-II Pág.: 723 y ss. Rallo, Maria Gabriela, en “Impugnación de asambleas de Sociedades Anónimas”, en diario La Ley del 25/2/2004, p. 1

interés general o comunitario sobre el particular, hace a los valores permanentes del Estado (...) De allí que no cabe utilizar el calificativo en forma abusiva, requiriéndose la efectiva y acabada demostración de su configuración...”

O conforme Llambías, *“las normas de orden público son aquellas que inspiran el mantenimiento de la organización social, la moral, las buenas costumbres y las instituciones fundamentales del derecho privado”*.

El maestro Halperín nos decía que las nulidades son absolutas cuando se afectan normas de orden público o derechos inderogables de los accionistas ⁽¹¹⁾.

Ahora bien, en el sentido indicado, cuales serían las normas societarias que quedarían incluidas dentro del concepto de *orden publico societario*, pues la norma no lo indica.

Eduardo Favier Dubois (h) si nos habla de *orden público societario* ⁽¹²⁾, cuando expresa: *“...Comprende las normas que tutelan el interés público fundado en el interés general como son: el régimen de tipicidad, la conservación de la empresa, la contabilidad legal, la fiscalización estatal, el régimen de control, la nulidad por objeto, y por actividad, el régimen del capital, la registración mercantil y los regímenes de responsabilidad...”*

Algunos de los supuestos de orden público societario mencionados, sería pasible de ser violentado por decisiones asamblearias? Parecería que no muchos. Así el *régimen de la tipicidad, la nulidad por objeto y por actividad*, derivan del acto constitutivo y no de una decisión asamblearia. *La fiscalización estatal*, deriva de normas de derecho publico. Nos quedaría como elemento de orden público y que podría ser objeto de decisión asamblearia, *el régimen de contabilidad legal, el régimen del capital*.

(11) Tetamanti, Roberto, en “La necesidad de implementar un plazo de prescripción especial para la acción de nulidad absoluta de asamblea”, ponencia presentada en el XXV Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, libro de ponencias, p. 167.

(12) Eduardo Favier Dubois (h), en “La afirmación del orden público societario como respuesta al globalismo en la Argentina del siglo XXI”, ponencia presentada en VIII Congreso Argentino de Derecho societario, t. I.

V. La jurisprudencia

Sin embargo, la jurisprudencia no es pacífica al respecto de las normas de orden público societario.

En una apretada síntesis, se ha dicho que no son nulidades absolutas:

1. *No puede considerarse afectado el orden público mediante la decisión de cambiar la sede social...* (“Santesteban, Jorge Luis c. Víctor Santesteban y Cía., S.A. s/ sumario”, CNCom., Sala C , 3/10/2000, Cita: EDJ5024 (E.D. 194-13).

2. *La norma consagrada en el art. 247 de la ley 19.550, cuya violación funda el presente pedido de nulidad asamblearia, no posee el carácter de orden público* (“Santesteban, Jorge Luis c. Víctor Santesteban y Cía., S.A. s/ sumario”, CNCom., Sala C, 3/10/2000 Cita: EDJ5024 (E.D. 194-13).

3. *La falta de depósito en término de las acciones por parte de los accionistas que votaron favorablemente la resolución impugnada, no constituye motivo suficiente para invalidar el acto asambleario* (“Santesteban, Jorge Luis c. Víctor Santesteban y Cía., S.A. s/ sumario”, CNCom., Sala C , 3/10/2000, Cita: EDJ5024 (E.D. 194-13)

4. *- No pueden, en el caso, ser considerados vicios invalidantes de la asamblea impugnada, la ausencia de debida información previa e impedimento de acceso a la sede social* (“Santesteban, Jorge Luis c/ Víctor Santesteban y Cía., S.A. s/ sumario CNCom.”, Sala C, 3/10/2000, Cita: EDJ5024 (E.D. 194-13).

5. *El hecho de que, al convocarse la asamblea, los estados contables no se hallaban transcriptos en los libros respectivos... La consideración por parte de la asamblea de los estados contables con posterioridad al término previsto por el art. 234 de la ley de sociedades, no constituye per se hipótesis o causal de nulidad del acto asambleario* (“Santesteban, Jorge Luis c. Víctor Santesteban y Cía., S.A. s/ sumario”, CNCom., Sala C, 3/10/2000 Cita: EDJ5024 (E.D. 194-13).

6. *Resulta inadmisibile hacer lugar a la nulidad asamblearia impetrada con base en haberse dispuesto el destino de las utilidades en infracción a lo establecido en el art. 261 de la ley de sociedades* (“Santesteban, Jorge Luis c. Víctor Santesteban y Cía., S.A. s/ sumario CNCom., Sala C , 3/10/2000, Cita: EDJ5024 (ED, 194-13)

7. *Se remarcó que el art. 263 LS, que contemplaba el mecanismo de voto acumulativo, no podía ser calificado de orden público,* «Vistalba S.A c/ Banco de Galicia y Buenos Aires

S.A. y otro s/ nulidad de decisiones asamblearias» y «Yinot S.A. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ impugnación de asambleas» CNCom., Sala A, 11/12/1986 (fallos en contrario).

8. *Se estableció que la decisión sobre la necesidad, conveniencia y oportunidad del **aumento del capital social** constituía una cuestión no justiciable, «Pereda, Rafael y otro c/ Pampagro S.A. s/ ordinario», CNCom., Sala D, 22/08/1989.*

9. *Se consideró que el retraso de la convocatoria a asamblea ordinaria para la aprobación de los balances del ejercicio no era, en principio, una causal de nulidad de dicha asamblea “Mas Manuel c/ Dakobra S.A.C.I.F.I.A. s/ sumario”, CNCom., Sala C, 10/08/2004.*

10. *“... pero que con la decisión asamblearia por la cual se había dispuesto aumentar a un quíntuplo el capital social fijado estatutariamente no se habían lesionado disposiciones de orden público ni tampoco el régimen societario...” “Larocca, Domingo A. c/ Argentina Citrus SA s/sumario” CNCom., Sala E, 23/5/1999.*

11. *Se sostuvo que cabía declarar la nulidad de las decisiones asamblearias sobre aumento de capital y emisión de acciones con prima, porque estos temas no estaban debidamente consignados en el respectivo orden del día; que tal nulidad no era absoluta sino relativa, porque, no se encontraba comprometido el orden público, sino solamente el interés particular de los accionistas de la compañía. “Noel, Carlos Martín Marcelo y otros c/ Noel y Cía., S.A.”, CNCom., Sala B, 11/11/1997.*

12. *En lo tocante al fondo de la cuestión, se dijo que las causales de invalidez alegadas no podían configurar nulidades absolutas pues no comprometían principios de orden público, ya que todas ellas estaban referidas a la forma del acto colectivo y al debido cumplimiento del procedimiento colegial (“Sala, Guillermo Marcelo y otros c/ Sand Rec S.A. y otros s/ sumario”, CNCom., Sala C, 21/09/2001.*

13. *Se dijo que aun cuando los actos de la asamblea hubieran sido violatorios del **derecho de información de los accionistas por la alegada ausencia de memoria y la insuficiencia de lo dictaminado por la sindicatura**, éste era un derecho individual de los mismos, por lo que la nulidad era relativa (art. 1048 C. Civ.) y confirmable “García, Ernesto Claudio c/ Aucom S.A. s/ sumario”, CNCom., Sala B, 31/9/2000.*

14. *Ello así, y toda vez que la falta de convocatoria a asamblea no implica una lesión al orden público, en tanto la deficiencia puede*

haberse purgado a través de la acción de nulidad promovida en tiempo oportuno, corresponde concluir -tal como lo hiciera el "a quo"- que el planteo de la accionante resulta inaudible ("Ernst & Young Americas LLC c/ Ernst & Young Fas & Rec SRL y otro", CNCom., Sala A, 03/08/2005).

15. la decisión asamblearia en cuestión y aún el desarrollo del acto hubieran sido violatorios del derecho de información de los accionistas por ausencia de estados contables, tal como afirmaba el actor, tal derecho era individual de los mismos, por lo que la nulidad era relativa y confirmable ("Gambino Piero Santi c/ Altísimo S.A. y otros s/ ordinario", CNCom., Sala B, 9/11/2004).

Fallos que han establecidos normas de orden publico

1. Se tuvo en cuenta que en el caso, la acción de nulidad se fundaba en la violación de la norma del art. 263 L.S. sobre voto acumulativo, disposición que consagraba un derecho inderogable de los accionistas, por lo que la excepción de prescripción opuesta con fundamento en el art. 251 L.S. resultaba improcedente. Autos "Saunier Roberto Víctor y otra c/ La Casa de las Juntas SACIyF s/ nulidad de asamblea", CNCom., Sala A, 28/10/1982) (fallos en contrario).

2. La ausencia de deliberación constituía un vicio que invalidaba el acto porque la reunión asamblearia no tenía como único fin el de emitir un voto; que ninguna persona podía ser obligada a convalidar actos irregulares "Escasany, María Isabel c/ Rivadeo S.A. s/ Sumario", J.N.1ª Inst. Com. Nº 5, 13/11/1998.

3. Declaró nula la resolución de elevación del capital adoptada en la asamblea, como si no hubiese tenido objeto porque su finalidad material la había constituido en una ilicitud. Se tuvo en cuenta, entre otras cosas la calidad de sociedad de familia ("Abrecht, Pablo A. y otra c/ Cacique Camping SA s/ sumario", CNCom., Sala D, 01/03/1996.

VI. Opinión de la ponencia

Como se habrá apreciado, de la apretada síntesis que efectúe, nos encontramos ante la siguiente situación:

1. Doctrinariamente, se acepta en una postura cada vez más mayoritaria la imprescriptibilidad de las nulidades absolutas, cuando las decisiones asamblearias violen el orden público.

2. Jurisprudencialmente, si bien se recepta esta postura, casi no existen antecedentes en los cuales se haya aceptado la existencia de casos específicos de normas societarias de orden público.

Ambas posturas doctrinarias tienen argumentos jurídicos sólidos, y es apoyada cada una por grandes juristas.

Conforme el actual régimen societario, considero que no existe el orden público societario, que sean pasibles de ser violadas por una asamblea societaria.

Baso mi postura, en las siguientes fundamentaciones:

1. La actual regulación de las sociedades irregulares o de hecho, quitan -incluso- el carácter de orden público al régimen de la tipicidad (conf. art. 17 de la L.S. es subsanable).

2. La nulidad absoluta que se dispone por el “*objeto ilícito*” que dispone el art. 18 L.S.. Es una nulidad que surge del acto constitutivo, y no de decisiones asamblearias.

3. Las demás normas societarias, no nos establecen un orden público societario, sino que en realidad derivan a normas de fondo. Así por ejemplo, la actividad ilícita. Para determinar que la actividad resulte ilícita, la misma surgirá del derecho de fondo y no surge de la ley societaria (Por ej. art. 19 L.S.).

4. No existen en materia societaria normas cuya violación no pueda ser subsanada con posterioridad. Ello, se desprende *el principio de la conservación de la empresa*, principio fundamental en la materia.

5. En materia societaria, el principio de *la seguridad jurídica se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la fluidez en los negocios*. Resulta impensable que una decisión asamblearia pueda estar sujeta a revisión indefinidamente.

6. La necesidad de evitar perjuicios a terceros.

7. Los derechos societarios que pueden llegar a afectarse por medio de resoluciones asamblearias, son derechos particulares de los socios, lo cual determina que nos encontremos siempre frente a nulidades relativas.

8. Las normas de orden público, son aquellas que protegen el interés general, el interés social, el que no puede ser prescindido mediante la autonomía de la voluntad.

9. Una excepción son:

a. Aquellas sociedades con participación estatal mayoritaria, en las cuales si generalmente existe un interés general superior al interés del socio.

b. Las sociedades del art. 299 L.S. cuando por decisiones asamblearias de pretendan limitar de alguna forma el control obligatorio.

10. Finalmente esta situación cambiará cuando tengamos un régimen de ilícitos societarios.

Qué sucede con aquellas decisiones asamblearias que van en contra de las disposiciones de las normas de *orden público del ordenamiento jurídico en general*. La respuesta es simple, ya que allí si nos encontramos con normas de tales características, y muchas de ellas, es la propia ley la que dispone tal carácter.

En resumen, tendríamos:

TIPO DE NULIDAD	NORMAS VIOLADAS	RÉGIMEN APLICABLE
Nulidades relativas	Normas societarias formales Normas societarias sustanciales	Art. 251 L.S.
Nulidades absolutas	Normas societarias imperativas u supuesto orden publico societario	Art. 251 L.S.
Nulidades absolutas	Orden público del ordenamiento jurídico gral.	Normas del C. Civil Imprescriptibilidad

La conclusión práctica que se deduce de esta postura, radica en el hecho que **no se pueden iniciar acciones de impugnación de asambleas, vencido el término del art. 251 L.S. con el amparo de la "imprescriptibilidad", con el fundamento de la violación de normas societarias.**

Dichas acciones deberán tener como fundamento la violación de normas de orden publico del ordenamiento jurídico en general.