

LA IMPUGNACION ABUSIVA DE ASAMBLEAS

Hernán J. Racciatti

Sumario

La ponencia se enmarca en el siempre latente problema de tutela de la minoría y sus límites (en protección del interés social y la eficiencia social). Se busca concluir sobre la necesidad de que se establezcan mecanismos que eviten la utilización abusiva del derecho del accionista a impugnar las resoluciones sociales.

Vale la pena observar que es corriente que cada vez que se manifiesta una disidencia en el seno de una asamblea, una divergencia sobre la conveniencia u oportunidad de una decisión tomada sobre la base de la regla de mayoría, la minoría disidente o disconforme tienda a considerar que tal resolución social ha sido consecuencia del abuso; y es corriente, también, que disconformes con la decisión mayoritaria, se llegue en algunos casos, al punto extremo de resistirse a acatarla o aceptarla.

La experiencia nos muestra que éste es un lugar común en la práctica societaria, y deberían quedar perfectamente aclarados los límites, pautas y sanciones ante la resistencia injustificada de la regla mayoritaria que permitan tomar decisiones minimizando los riesgos de controversia, conflicto y posterior intervención judicial.

Se observa que son numerosos los supuestos en que se olvida la regla de la prevalencia de la decisión de la mayoría, como asimismo que si la regla funciona normalmente la decisión mayoritaria no puede cuestionarse, ya que no se trataría más que del poder de tomar resoluciones que corresponde a la mayoría y que, desde antes de prestar su consentimiento a formar parte de la sociedad, el socio minoritario debe conocer⁽¹⁾, siendo atacable únicamente esta regla por la vía judicial

(1) Refiriéndose a este tema y a la sociedad como medio de organización nos dice el profesor Martín Arecha que "... el sistema societario requiere de un

en el caso que exista una violación de la ley o del estatuto, o un desvío netamente marcado en su correcta utilización, pero no cada vez que existan discrepancias o diferencias o disconformidad con la resolución tomada por quienes representan la mayoría ⁽²⁾.

En tal orden de ideas, es muy común que, en desacuerdo con las decisiones mayoritarias, se de comienzo a una labor de hostigamiento y desestabilización a la sociedad, sus socios mayoritarios y directores, a través del recurrente mecanismo de la impugnación de nulidad de todas o gran parte de las asambleas de la sociedad, con base en el artículo 251 y concordantes de la LSC.

¿Qué se busca con estas impugnaciones?

El objetivo, en general, de tales impugnaciones (insistimos, reiteradas cualquiera sean las resoluciones o temas que se traten en las asambleas) suele estar en presionar a través de la amenaza de

modo de estructurar el funcionamiento de esos entes compuestos por una pluralidad de sujetos, estableciendo el modo de asignar una voluntad a la sociedad y reglamentando los derechos de los socios. El derecho de las sociedades contempla formas instrumentales, constituye una herramienta jurídica necesaria para el desenvolvimiento de la economía. Para ello se conocen dos sistemas, el de la unanimidad o el de la mayoría de la voluntad de integrantes. En última instancia, se resuelva optar por cualquiera de ellos, será el que permitirá definir en lo interno la voluntad social, y quienes dispongan de los votos tendrán el poder de gobernar esa sociedad...", ver, Arecha Martín, "Las minorías en la sistemática de la ley de sociedades (con particular referencia a las anónimas)", en *Derecho Empresario Actual, Homenaje al doctor Raymundo L. Fernández*, Depalma, Bs. As., 1996, p. 47.

(2) Ver Halperín, Isaac - Otaegui, Julio César, *Sociedades anónimas*, Depalma, Bs. As., 1998, p. 665, donde expresa "... la voluntad de la mayoría prevalece...", y véase también lo expuesto por la doctrina citada en nota 21 al pie de página. Dice Manuel de la Cámara: "... la potestad de mando se entrega a la mayoría para que tutele el interés social..."; vid., De la Cámara Manuel, "La competencia de la junta general de accionistas", en *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, p. 183. Por su claridad, y en coincidencia con lo expuesto, transcribimos textualmente un párrafo que se expone en una cita de la excelente obra de Javier Juste Mencia, que dice que "... no debe olvidarse, con relación a estas posturas acertadamente críticas con opiniones extremas y como más adelante se subrayará en el texto, que el poder de la mayoría expresado regularmente es un poder legítimo... y que sus efectos son deseados -con las garantías que se establecen contra el riesgo del abuso- por el propio ordenamiento..."; Juste Mencia, Javier, *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Aranzadi, 1995, p. 37, nota 22 al pie de página.

que se provoque un descrédito tanto entre terceros –proveedores, financiadores, clientes- como entre los empleados de la sociedad.

Se busca crear una sensación de incertidumbre sobre lo que pasa dentro de la sociedad y cuál es el futuro que le depara a la misma, dañando comercialmente la imagen de la sociedad, y llevarla a dificultarle sus posibilidades de desarrollo.

Y, respecto ello, se sabe bien cuánto es el daño que se puede provocar con solo echar a correr un rumor de falsa inestabilidad o de zozobra. Nunca es necesario que sea verdad, alcanza con que el rumor exista.

¿Cuánto cuesta a una sociedad comenzar a perder empleados en los cuales se ha invertido en su formación nada más que porque un grupo de accionistas inicia una *guerra* de juicios y medidas?

Y, ¿quién protege a la sociedad hasta el momento que se dicte resolución en todas y cada una de las decisiones? ⁽³⁾.

El daño que se produce durante ese tiempo de hostigamiento, de acoso, de asedio, es irreversible.

No puede negarse que se trata de una contingencia eventual de tinte negativo para una sociedad, arrastrar dos, tres o cuatro balances anuales aprobados pero bajo revisión judicial. Piénsese en que, quien los analice (proveedores, financiadores, clientes, etc.) no pueden soslayar el riesgo que puede representar una eventual condena a repartir utilidades capitalizadas o restituir capital social aportado por socios en efectivo, ya utilizado en la sociedad, como consecuencia de una resolución social que decidió un aumento, y que, en definitiva, podría ser declarada nula.

(3) Al respecto, dice el profesor español Eduardo Polo, que “... la ley, ..., no se plantea al otorgar estos derechos a la minoría -y acaso debiera hacerlo- la circunstancia de que su ejercicio pueda lesionar los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o terceros; ni, menos aún, el correlativo perjuicio de otros socios, cuando al contrario de lo que sucede con los acuerdos sociales lesivos -que admiten su impugnación ante los tribunales- no cabe en estos casos otra defensa que la de situarse al margen de la ley mediante la resistencia pasiva en espera de lo que puedan decidir los jueces cuando la minoría acuda a ellos solicitando la tutela de sus derechos.....”; Polo, Eduardo, “Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, t. II, p. 2287.

Ahora bien, ¿es verosímil creer, vg., que en una sociedad todas sus asambleas sean impugnadas?

¿Aparece creíble, lógica, tal circunstancia o se acerca más a pensar que la misma es motivo de un fin de hostigamiento y extorsión pensada por las minorías para que la mayoría compre su paquete accionario a cambio de cesar con tal tipo de conductas?

Tenemos para nosotros que, muchas veces, estas impugnaciones, constituyen una notoria muestra del abuso de las minorías en el ejercicio de sus derechos. Y tal actitud ilegítima se agrava, cuando para abusar se utiliza, solapadamente bajo el engaño y apariencia de un accionar legítimo, al órgano jurisdiccional⁽⁴⁾

Abusar del derecho es una conducta ilícita, y si de ese abuso se produce un daño debe repararse.

El abuso de la utilización de la justicia, a través de la impugnación de asambleas en las sociedades comerciales, constituye una de las conductas abusivas más comunes que la práctica societaria nos muestra todos los días, y el ordenamiento legislativo, la doctrina y la jurisprudencia, no deberían pasarlo por alto.

No es nuevo utilizar a la justicia, abusando de ella, para lograr a través de su intermedio fines extrasocietarios, no es poco común “vender” el no uso de derechos de minoría pensados para otros fines a cambio de un mayor valor al normal en la venta de las acciones con las cuales se puede “abusar” de esos derechos.

Cualquier abogado, juez o profesor de derecho que tenga vinculación con el régimen societario (que lo enseñe, que lo practique o que esté acostumbrado a resolver este tipo de conflictos) sabe y conoce que las acciones y derechos otorgados por la ley a los accionistas (en su individualidad) son muchas veces sub-utilizados, no pensando

(4) En tal línea, son muy gráficas las palabras de Horacio Roitman, cuando destaca que cuando la minoría asume una actitud o postura de contraposición a lo propuesto o resuelto por la mayoría, sin contemplar si esta postura mayoritaria está en consonancia con lo conveniente para la sociedad sino mirando y persiguiendo solo su defensa (la de los propios accionistas de minoría) su conducta sería cuestionable por estar en conflicto de intereses. Así, dice que “... De la misma manera, el interés de la minoría solo aparece imbuido de la finalidad común cuando su actuación se despliega hacia la defensa del mismo y no como contraposición a la postura y actitud del sector mayoritario, aunque por sus características es probable que esta tensión latente entre accionistas tenga en vista

ya en aquel fin para el cual se concedieron (reestablecer el orden jurídico violado) sino exclusivamente como *arma* o método para presionar en la sociedad y lograr una venta de su participación a buen precio.

El daño que se causa con este tipo de acciones es claro, y ello no ha pasado desapercibido por cierta jurisprudencia que ha establecido, interpretando la finalidad de la ley, el criterio restrictivo para juzgar las impugnaciones de nulidad de asamblea ⁽⁵⁾ o el requerimiento de que el impugnante aduzca y acredite un daño en la resolución social que se impugna ⁽⁶⁾.

Tampoco debe dejar de ponderarse que el solo hecho del acoso, del hostigamiento en sí, a través del cuestionamiento judicial de cada resolución asamblearia, impide a los administradores comportarse normalmente.

¿Cómo obraría un grupo de socios mayoritarios si conocen que cualquier decisión que se tome, buena o mala, va a ser revisada judicialmente?

Se podrá decir que quienes no realizan actos contrarios a la ley nada deben temer, pero ¿y todo lo que significa distraer la gestión social nada más que para abocarse a responder o participar en un conflicto que excede los límites de lo razonable, de lo previsible, que excede los límites del ejercicio regular de un derecho?

sólo intereses particulares..."; Roitman Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales, Comentada y Anotada*, La Ley, 2006, t. IV, p. 201.

(5) Vid. Halperin, Isaac - Otaegui, Julio César, ob. cit., p 760, donde expresan "... la nulidad ha de interpretarse restrictivamente...". En igual sentido, Otaegui Julio, *Invalidez de actos societarios*, Abaco, Bs. As., 1978, p. 409. En la jurisprudencia, CNCCom., Sala A, 31/10/95, "Santa Cruz, Elsa Araceli c/ Tinco SA s/ impugnación de decisión asamblearia", E.D., t. 169, p. 303; Cám. Civil y Comercial, Rosario, Sala IV, 4/3/98, *in re* "Tuchín, Samuel c/ Empresa General Urquiza S.A.", La Ley Litoral, 2000, p. 23.

(6) "... La reparación del daño causado es el objetivo de la acción....", Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada*, t. IV, p. 234. En contra, Nissen critica el fallo "Masri Julio c/ Pecuyen S.A.", de la CNCCom., Sala E, del 7/5/92, en donde se requirió que el accionista debía impugnar una asamblea por violación del derecho de información debía acreditar los perjuicios que tal circunstancia le habría causado; ver, Nissen, Ricardo, *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, 2ª edición, Ad-Hoc, Bs. As., 2006, p. 70.

Es decir, se puede dañar al supuesto amparo del ejercicio de derechos, cuando estos son antifuncionalmente ejercidos, como ocurre cuando se presentan sistemáticas impugnaciones de asambleas, la mayoría de las veces apoyadas o basadas en argumentos formales.

Sin embargo, es algo claro que nuestra ley de sociedades se encuentra inmersa como parte de un todo que es el ordenamiento jurídico, y allí si nos atenemos a los artículos 953, 1198 y 1071 bis del Código Civil vemos que ningún derecho puede ejercerse o utilizarse contrariando la buena fe, la moral, las buenas costumbres y los fines que el legislador tuvo en miras al concederlos.

Tal como hoy lo prevé nuestra ley no le queda a la mayoría más resistencia contra ello que la pasiva espera de lo que puedan decir los jueces, con todos los costos y daños no conmensurables que ello acarrea. Y, eventualmente, muchos años después, iniciar una acción por daños y perjuicios derivado de este hostigamiento.

Por ello, transcribimos las palabras del profesor español Eduardo Polo, ya citado, quien remarca que, "... tan perjudicial puede ser para la sociedad o la mayoría someterse -de forma voluntaria o forzada por los tribunales de justicia- al ejercicio tiránico de los derechos de la minoría, como costoso puede resultar el pacto -no menos tiránico- con los minoritarios para evitar su ejercicio....." (7).

Y, entonces, resulta penoso ver como el ejercicio de los derechos de la minoría (el ejercicio de su derecho de impugnación) se convierte en moneda de cambio de transacciones con la mayoría: el no ejercicio del derecho de impugnación contra la compra de las acciones por parte de una mayoría amenazada o coaccionada por la espada de la impugnación.

Como lo destaca el profesor español Alberto Bercovitz, en una reflexión que debe ser tenida en cuenta, «... *la impugnación sistemática de los acuerdos sociales se constituye en el arma legal para poder salirse de la sociedad, tratando de lograr una transacción en virtud de la cual los socios mayoritarios adquieran las acciones de los minoritarios descontentos...*» (8), destacando luego que «... *este*

(7) Polo, Eduardo, ob. cit., p. 2287.

(8) Bercovitz, Alberto, «Los acuerdos impugnables en la sociedad anónima», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel*

contexto es importante tenerlo en cuenta a la hora de juzgar la impugnación de los acuerdos sociales, porque muchas veces una impugnación no puede juzgarse aislada, ya que es simplemente parte de una serie de impugnaciones que constituyen una auténtica «guerra» dentro de la sociedad...» (9).

Considero particularmente interesante, práctica y realista la visión del autor más arriba citado; “la guerra” a la cual refiere queda, en el caso, claramente demostrada con la reiteración de las demandas de impugnación apoyadas en los mismos argumentos. Y esa *guerra* tiene una finalidad que no tiene como objetivo inmediato lograr sentencias favorables sino hostigar y presionar en el marco de un conflicto societario.

Broseta Pont, t. 1, ps. 377/378, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. Incluso Ricardo Nissen deja entrever en un artículo titulado «El conflicto societario en la Argentina. Causas que lo originan y propuestas de prevención y solución», publicado en la Revista de las Sociedades y Concursos, N° 11, julio-agosto de 2001, p. 15 y ss., que no escapa a la realidad que las acciones que sistemáticamente promueven los accionistas minoritarios que durante varios ejercicios no obtienen utilidades, son promovidas con la finalidad de forzar la venta de su paquete accionario al grupo de control (ver, específicamente, p. 15). También se refiere a ello Gómez Bausela, María Silvia, “Inserción de los conflictos societarios en la realidad social santafesina”, en *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario. IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. II, Rosario, 3, 4 y 5 de octubre de 2001, al expresar en p. 253 que “... los conflictos societarios se convierten en una guerra de desgaste entre los socios, en la cual el socio minoritario lleva generalmente la peor parte. Aún cuando es prudente advertir, también, que puede convertirse en buena táctica generar tantos conflictos judiciales y planteos extrajudiciales que el sancionio sea experimentado antes por la sociedad y los socios mayoritarios que finalmente decidan desinteresarse al “socio molesto” y sentarse a negociar su salida. Esta será más o menos importante en dinero en relación directa con la molestia causada y puede llegar a incrementarse si, además de las causas típicamente societarias, se puede encontrar una arista penal en la conducta de los socios mayoritarios...”.

(9) Bercovitz, Alberto, ob cit., loc. cit., Refiriéndose a la importancia que deben darle los jueces, al resolver, a la *historia* de la sociedad y la realidad que envuelve al conflicto, Henry Hansmann & Reinier Kraakman, sostienen que “... judges, must understand the possible motivations, both legitimate and illegitimate, of corporate actors....”, en Hansmann, Henry & Kraakman, Reinier, “What is corporate law?”, p. 26, citado por Enriques, Luca, “Do Corporate Law Judges Matter? Some Evidence from Milan”, en *European Business Organization Law Review*, 3, 2002, p. 776, nota al pie N° 34.

Por otra parte, es por todos conocido, que esta estrategia suele ser la más usual cuando el accionista intenta «salir» de una sociedad cerrada, para lo cual no se tiene otro remedio que recurrir a este tipo de maniobras, sobre todo cuando no encuentra comprador interesado en adquirirlas y dispuesto a pagar un precio que no se compadece con el pretendido.

Entonces, volvemos sobre el punto, el hostigamiento judicial, el inicio repetido de acciones judiciales, son la conducta abusiva y dañosa.

Es que cuando un accionista ejerce el derecho de acción que pone en marcha la actividad jurisdiccional alegando un derecho que no le corresponde, y con fines ajenos a lograr una sentencia judicial (que aún favorable, podría no serle útil) abusa del derecho, utilizando el proceso judicial con un objetivo que repugna a su esencia.

Se estaría realizando un uso desviado -abusivo- del proceso para abusar de un derecho sustancial; se abusa “con” el proceso⁽¹⁰⁾.

En igual sentido el doctor Peyrano al clasificar los tipos de abuso procesales menciona, a) El uso del proceso para obtener ilícitamente más de lo que la ley concede o lo que la ley no concede; b) el empleo de las estructuras procesales para la satisfacción de intereses lícitos pero innecesariamente o por un procedimiento que pudo evitarse por otro más simple o menos oneroso⁽¹¹⁾.

Como se ve, en nuestro caso, hay abuso de la utilización del proceso civil en el ejercicio de los derechos concedidos. Se abusa de los derechos concedidos por la ley y, consecuentemente, al ejercerse ese abuso por la vía procesal, se abusa del proceso.

La impugnación judicial de nulidad de una decisión asamblearia es legítima, la LSC la prevé en su artículo 251. Aún más, se ha señalado que para cierto sector de la doctrina la tutela de la minoría en sentido estricto está, precisamente, en el poder de reacción frente a las decisiones asamblearias contrarias al interés social. Sin embargo, sostenemos el reiterado planteo de impugnar de nulidad la mayoría

(10) Conf. Balestro Faure, Myriam, “El abuso de los derechos procesales”, en *Cuestiones procesales modernas*, director Jorge W. Peyrano, La Ley, Bs. As., ps. 31 y 32.

(11) Conf. Peyrano Jorge W., “Abuso del proceso y conducta procesal abusiva”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 16, p. 77.

o todas las asambleas que se celebran en una sociedad, son muestra de que se estaría abusando de ese derecho de impugnación de nulidad, y, además, se estaría abusando con y del proceso civil ⁽¹²⁾.

Es que, compartimos la idea que la concesión de facultades y derechos al accionista y a la minoría puede explicarse por la relación que pueda establecerse entre su actuación y el interés social (de la colectividad) en que deben inspirarse las decisiones sociales, y es de allí también que el comportamiento exigible al accionista al cual se le reconoce el derecho de impugnación de los acuerdos sociales, se encuentra limitado por ese deber de lealtad que corresponde al socio con el interés social (fidelidad con lo que sea lo mejor para la sociedad de la cual forma parte).

La doctrina no duda en que el abuso de minorías constituye un acto aprehendido en la regla general del artículo 1071 del Código Civil ⁽¹³⁾.

Y, se sabe, que quien a través del abuso de sus derechos causa un daño, debe hacerse cargo de la reparación económica que el daño ha causado ⁽¹⁴⁾, que, en la práctica se refleja en conceptos tales como

(12) Véase lo expuesto por Juste Mencia, Javier, ob. cit., ps. 58 y 67. Véase, también, Duque, Justino F., *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 L.S.A.)*, Valladolid, 1957, p. 11, donde expresaba que "... la tutela de la minoría significa, en principio, la anulación del acuerdo social cuando éste, por su contenido, es dañoso para el interés social...". Sobre el particular, deben ser leídas las reflexiones de Jiménez de Parga, Rafael, "La impugnación de acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, Tomo II, ps. 1.829 y 1.830. Ver, Mascheroni, Fernando y Muguillo, Roberto, *Régimen jurídico del socio*, Astrea, Bs. As., ps. 42 y 43, quienes mencionan que entre los casos más notorios de acciones a las cuales acuden los accionistas minoritarios para "hostigar", "bloquear" o "entorpecer" la actividad societaria, se encuentra, precisamente, la promoción de acciones judiciales de impugnación de nulidad de asamblea.

(13) Ver en dicha línea, Alegría Héctor, "El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni, Bs. As., t. 16, p. 386; en igual sentido, los ya citados, Mascheroni, Fernando y Muguillo, Roberto, ob. cit., p. 42.

(14) Conforme, Belluscio, Augusto César -director- y Zannoni, Eduardo -coordinador-, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y*

gastos en que se ha debido incurrir innecesariamente, contratación de abogados especializados en distintas áreas, costos de personal abocados exclusivamente a la atención del conflicto societario artificialmente creado, costo de inversión en personal que luego pueda renunciar a su trabajo en la sociedad como consecuencia de la inestabilidad que provoca el conflicto, pérdidas de ventas como consecuencia del conflicto, descalificación de la sociedad frente a las entidades bancarias con las que opera, en la medida que pueda considerarse al conflicto como de riesgo económico por el desenlace de los mismos influyendo de esa manera en forma negativa en las calificaciones, con la consecuente disminución aplicada a los márgenes en líneas de crédito y encarecimiento en el costo de los mismos, desmejoramiento de la imagen de la empresa frente a terceros, clientes, proveedores, desmotivación del personal de la empresa y consiguiente disminución en su rendimiento laboral originado en el malestar dentro de la empresa donde los rumores infundados restan autoridad y prestigio a los directores, altos funcionarios y gerentes de la compañía, etc.⁽¹⁵⁾.

Claro está que una acción de daños y perjuicios en proceso propio e independiente suele resultar un remedio insuficiente para desalentar futuras infundadas impugnaciones de nulidad de asamblea, por ello parece interesante en una futura reforma legislativa no cerrar los ojos a este dato que nos presenta la realidad, redefiniendo o reconfigurando los supuestos o los requisitos formales de utilización de este derecho de impugnación de resoluciones sociales que, de algún modo, tiendan a evitar el abuso del mismo que se presenta en la actualidad.

concordado, Astrea, Bs. As., t. 5, p. 69; también, Kemmelmajer de Carlucci, Aída, "Principios y tendencias en torno al abuso de derecho en la Argentina", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16, p. 223.

(15) En un trabajo muy completo, el profesor español Pedro Rubio Vicente menciona que cuando los abusos proceden de la solicitud judicial de iniciativas abusivas, la solución jurídica más adecuada estaría dada por la desestimación de la demanda y la consiguiente indemnización por daños y perjuicios sobre la base de la conducta temeraria o imprudente de los usos (derechos) que otorga la ley; ver Rubio Vicente, Pedro J., "Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2006, ps. 29 y 36.