

## LOS ARTÍCULOS 248 Y 251, L.S. LAS ACCIONES DE RESARCIMIENTO Y DE IMPUGNACIÓN

CARLOS S. ODRIOZOLA

### *PONENCIA*

- a) La infracción al art. 248 de la L.S. autoriza el ejercicio de las acciones de daños y perjuicios y de impugnación del art. 251 de la L.S.
- b) La infracción al art. 248 de la L.S., con los alcances indicados en la letra anterior, también se produce cuando se afecta intencionalmente, con fines de hostigamiento, a grupos de accionistas en busca de una ventaja personal de quienes aprobaran con su voto la resolución asamblearia, sin que la misma se encontrare suficientemente fundada o explicada en la satisfacción de un interés social.

### *FUNDAMENTOS*

1. El tema de esta ponencia es de plena actualidad, dada la existencia de posiciones doctrinarias encontradas y de una tendencia jurisprudencial evolutiva. Su consideración se encuentra estrechamente vinculada a la intensidad de la protección de los derechos de los accionistas y al reconocimiento de las teorías de abuso de mayoría o de poder como invalidantes de las decisiones asamblearias.

2. El art. 248 de la L.S. establece la obligación de abstenerse de votar al accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad. El incumplimiento a esta prohibición lo hará responsable de los daños y perjuicios cuando sin su voto no se hubiera obtenido la mayoría necesaria para una decisión válida.

La pregunta que corresponde formularse con relación a las acciones resultantes de su incumplimiento es si sólo será admisible, en tal caso, la de daños y perjuicios o si podrá, también, promoverse la acción de nulidad del art. 251 de la L.S.

Las respuestas recibidas de la doctrina y jurisprudencia no han sido pacíficas en la materia, y la trascendencia que las mismas revisten obligan a su reconsideración, que es lo que se pretende en esta ponencia.

3. En una revisión de antecedentes resulta imprescindible la referencia al criterio sostenido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, con el ilustrado voto del Dr. Jorge Williams en autos "Carabassa, I. c/ Canale S.A."<sup>1</sup> Se concluyó allí "que no existe en dicha norma (art. 248, L.S.) una sanción de nulidad fundada en el conflicto de intereses", analizándose en apoyo de tal interpretación los arts. 2373 y 2377 del Cód. Civil italiano, el primero de ellos similar a nuestro art. 248 de la L.S., pero con una remisión en cuanto a los efectos en caso de infracción al art. 2377 análogo a nuestro art. 251 de la L.S. Ello lleva a la Cámara a sostener que el derecho de impugnación de las decisiones asamblearias no ha sido consagrado por el art. 248 y que "conforme a sus expresos términos, la falta de abstención tiene como sanción, propia y específica, la responsabilidad del socio que así procediera por los daños y perjuicios 'cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida'"<sup>2</sup>.

Tenemos, por nuestra parte, posición tomada en la materia mucho antes del caso "Carabassa c/Canale". Hemos sostenido<sup>3</sup> que la resolución asamblearia que fuera consecuencia de una votación en la que han participado decisivamente accionistas cuyos votos se han emitido en conflicto de intereses, es violatoria de la ley y, en consecuencia, susceptible de ser impugnada de nulidad.

A la precedente conclusión arribamos razonando que la inexistencia de una expresa sanción de nulidad en el art. 248 de la L.S. o de una explícita remisión al art. 251 de la L.S., tal como en la legislación italiana efectúa el art. 2373 respecto del art. 2377, no puede excluir la aplicación del art. 251 de la L.S. frente a la existencia de una violación de la ley al no cumplir el accionista con la obligación de abstenerse de votar cuando tuviere un interés contrario al de la sociedad.

En esta misma posición se encuentra Halperín,<sup>4</sup> quien sostiene la nulidad del voto emitido en infracción al art. 248 y que "si desaparece la mayoría se anulará la decisión y el accionista deberá indemnizar los daños y perjuicios". Coinciden también en esta posición, Arecha y García Cuerva<sup>5</sup> y Nissen.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> ED, t. 191, pp. 164/159.

<sup>2</sup> ED, t. 191, p. 202.

<sup>3</sup> ODRIOZOLA, Carlos S.: "Conflicto de intereses como causa de impugnación de las decisiones asamblearias". JA, 1973, Doct. 252.

<sup>4</sup> HALPERÍN, Isaac: *Sociedades Anónimas*, p. 590.

<sup>5</sup> ARECHA, Martín, y GARCÍA CUERVA, Héctor: *Sociedades Comerciales*, p. 369.

<sup>6</sup> NISSEN, Ricardo: *Ley de Sociedades Comerciales*. t. 2. p. 604.

Por su parte, Zaldívar<sup>7</sup> parece compartir nuestra posición dada la cita que efectúa en su obra.

También Otaegui<sup>8</sup> se enrola en la postura amplia al sostener la existencia de desviación de la causa con la consecuente invalidación del acto, "si en la votación de la misma han intervenido accionistas en conflicto de intereses con voto decisivo como ocurre en el supuesto de la L.S., art. 248...".

Anaya<sup>9</sup> señala que el tema ha motivado discrepancias en la doctrina nacional, destacando que algunos autores "dan prioridad a la específica regla del art. 248, por ser la que particularmente preside la solución del caso, abriendo la posibilidad de una solución indemnizatoria de tipo germánico sin afectar la validez de la resolución". Concluye su reflexión, sin tomar partido en la cuestión, con un llamado de atención respecto de las sustanciales implicancias para el desarrollo de los grupos de sociedades.

La tesis restringida, que descarta la aplicación del art. 251 de la L.S. en el caso de incumplimiento de la abstención de voto impuesta por el art. 248 de la L.S., es sostenida por Verón.<sup>10</sup>

4. La tesis amplia orientada a la aceptación del ejercicio de la acción de impugnación en el caso de que se hubiera obtenido la decisión asamblearia mediante la emisión del voto en conflicto de intereses, ha recibido el respaldo del fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, en autos "Comisión Nacional de Valores c/Laboratorios Alex S.A.C."<sup>11</sup> con la expresa referencia a la necesidad —se trataba de la prohibición de votar impuesta a los directores de una sociedad anónima— de "analizar si, en el caso, se obró haciendo prevalecer el interés contrario y si de ello se derivó un verdadero perjuicio para la sociedad; por tanto, la nulidad no puede prosperar si no se explicitan acabadamente los perjuicios que para el ente, se derivan de la infracción formal al art. 248 de la Ley de Sociedades".

Esta misma posición reiteró la Sala C en los autos "Leotta, Rodolfo c/Bavcar, Antonio y otros s/sumario"<sup>12</sup> al rechazar una acción de impugnación por no haberse demostrado que la sociedad hubiere sufrido algún perjuicio. Esta fundamentación difiere de la invocada en la sentencia de primera instancia en la que, siguiendo el criterio del fallo "Carabassa c/Canale", se descartó lisa y llanamente la aplicación del art. 251 de la L.S. en razón de que "no

<sup>7</sup> ZALDÍVAR, Enrique y otros: *Cuadernos de Derecho Societario*, t. 3, p. 467.

<sup>8</sup> OTAEGUI, Julio C.: *Invalidez de los Actos Societarios*, pp. 410/413.

<sup>9</sup> ANAYA, Jaime: "Consistencia del interés social" (*Anomalias Societarias*, p. 232).

<sup>10</sup> VERÓN, Alberto Víctor: *Sociedades Comerciales*, t. 3, p. 880.

<sup>11</sup> ED, t. 153, p. 680, con importante nota de Efraín RICHARD, "Sociedad por Acciones: Efectos de la resolución adoptada merced a voto emitido en interés contrario al social".

<sup>12</sup> Expte. n° 4848/89, sentencia del 28/2/94.

existe en el precepto (art. 248, L.S.) una sanción de nulidad fundada en el conflicto de intereses que invalide la decisión asamblearia”.

5. Los fallos a los que nos venimos refiriendo constituyen un importante avance en el sentido de la interpretación amplia que hemos sostenido. Su condicionamiento —demostración del perjuicio real y tangible— se advierte como razonable atendiendo a que el interés es la medida de las acciones y que no es procedente consagrar una nulidad por la nulidad misma.<sup>13</sup>

Los daños y perjuicios que debieran existir para sustentar la acción de impugnación del art. 251 de la L.S. son, según los fallos de la Sala C, los que deberían explicitarse con relación al “ente (que) se derivan de la infracción formal al art. 248 de la Ley de Sociedades”.<sup>14</sup> Debemos, en consecuencia, analizar si igual respuesta se obtendría en el caso de que los daños y perjuicios sean producidos exclusivamente a los accionistas minoritarios, en otras palabras, si el art. 248 de la L.S. impone la abstención de voto cuando el mismo sea emitido para lograr una ventaja personal en perjuicio de otros accionistas, aun cuando la decisión asamblearia no fuera contraria al interés de la sociedad.

Nos hacemos cargo de la importancia de la noción del interés social, como así también de las dificultades para establecer un concepto doctrinario del mismo,<sup>15, 16, 17</sup> debiéndose para su determinación atender al interés de la empresa y al interés colectivo de sus socios y, especialmente, a la situación de hecho de cada caso.

Debemos recordar que el art. 248 de la L.S. reconoce como fundamento las teorías que sancionan el abuso de derecho, la desviación o abuso de poder

<sup>13</sup> “Vistalba S.A. c/Banco de Galicia y Buenos Aires y otros s/nulidad” (CNCCom., Sala A, diciembre 11-986, LL, t. 1987-B, pp. 333/362, con nota de VERÓN, Alberto Víctor: “Nulidades societarias. Sistema de voto acumulativo. Protección de abuso de mayorías y minorías”).

<sup>14</sup> ED, t. 153, p. 680.

<sup>15</sup> “Le rôle des juges dans la vie des sociétés”, André GUENGANT, Paul TROUSIERE, Sylvie DE VENDEUL, pp. 153/154.

<sup>16</sup> SCHMIDT, Dominique: “Les droits de la minorité dans la Société anonyme”, p. 156, “La cour de cassation qualifie d’abus de majorité la décision prise dans l’intérêt personnel des majoritaires et au détriment de la minorité”; p. 157, “La rupture d’égalité, c’est l’avantage personnel sans contrepartie”.

<sup>17</sup> La Ley, t. 1980-C, pp. 317/319, CApel.C.C., Rosario, Sala III, junio 5-980, Boglione A. c/Santa Clara S.A. “Que con respecto a lo afirmado a fs. 27 v., en el sentido que ‘si el interés societario debe predominar sobre el individual del accionista’, cabe apuntar que no es lícito identificar ‘interés social’ con ‘interés de la mayoría’, pues ambos pueden no coincidir. Y, en todo caso, esto se verá al final del pleito”.

y el quebrantamiento del *affectio societatis*<sup>18</sup> y que están dirigidas tanto a la protección del interés social como al de los accionistas, interpretándose que “la deliberación destinada a procurar una ventaja especial a uno o más socios a expensas del interés de los otros socios como tales, importa siempre una lesión de los intereses sociales”.<sup>19, 20</sup>

Para ilustrar adecuadamente el supuesto al que nos referimos, pensemos en una resolución asamblearia que decide el aumento del capital social. Tal resolución no podría presentarse, en principio, como contraria o dañosa del interés social, pero sí se la podría advertir como atentatoria del interés de accionistas minoritarios cuando, prosiguiendo con un plan de hostigamiento y sin que existieran razones fundadas o explicadas para el aumento de capital, se decide el mismo con el fin de colocar a los accionistas minoritarios en la disyuntiva de efectuar un esfuerzo económico, a veces imposible, para no ser licuados en su participación accionaria u obligados, en su caso, a ejercer el derecho de receso. No se habría producido una afectación al interés social, pero sí una lesión al interés de los accionistas. Si se interpretara que el daño necesario para sustentar la acción de impugnación es sólo aquel que se ocasiona a la sociedad y no a los accionistas, dejaríamos una puerta abierta a la impunidad de aquellos actos sustentados únicamente en un abuso de mayoría o de poder y legitimaríamos —con toda crudeza— actitudes incompatibles con la buena fe negocial y —en su caso— con el *affectio societatis* con la buena fe negocial.

Ese peligro se acrecienta frente a la corriente jurisprudencial que considera que “la justiciabilidad de las decisiones asamblearias debe ser juzgada ‘restrictivamente’; entendiéndose por ello que el órgano jurisdiccional debe

<sup>18</sup> Noëlle Lesourd: “L’annulation pour abus de droit des délibérations d’assemblées générales”, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, t. XV, año 1962, pp. 1/20.

<sup>19</sup> MENGONI, Luiggi: “Appunti per una revisioni della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni” (*Studi in onori di Francesco Messineo*), p. 395.

<sup>20</sup> *La Ley*, t. 1985-E, pp. 7/26, CNCom., Sala C, diciembre 28-1984. “Augur S.A. c/Sumampa S.A.” “...A salvo todavía los supuestos en que la invalidez de la resolución asamblearia pueda resultar de que la decisión de aumentar el capital encubra maniobras de algunos accionistas en perjuicio de otro. En estos supuestos, que no se ha probado sea el del caso aquí considerado, no ha de prevalecer el principio mayoritario, en tanto la resolución asamblearia se haya logrado mediante una votación apartada del fin para el cual se encuentra atribuido el ejercicio de los votos y establecido el poder de decisión” (del voto del Dr. Jaime Anaya).

restringir su intervención, de modo de actuar solamente en hipótesis de arbitrariedad extrema o irracionalidad dañosa para otro sujeto”<sup>21, 22, 23, 24, 25</sup>.

No pretendemos —lo que sería absurdo— discutir el principio mayoritario en el gobierno de las sociedades ni introducir en el mismo una improcedente injerencia del juez, pero levantamos una voz de alerta frente a pronunciamientos judiciales que podrían llevar, con una interpretación extensiva, a la desprotección de los accionistas en situaciones como la ejemplificada en el aumento del capital social, toda vez que los arts. 194 y 245 de la L.S. no constituyen en muchos casos caminos transitables o que proporcionen una compensación adecuada cuando ha existido un comportamiento en infracción al art. 1071 del Cod. Civil.

Sostenemos, en definitiva, con el apoyo doctrinario y jurisprudencial referidos en esta ponencia, que :

- a) La infracción al art. 248 de la L.S. autoriza el ejercicio de las acciones de daños y perjuicios y de impugnación del art. 251 de la L.S.
- b) La infracción al art. 248 de la L.S., con los alcances indicados en la letra anterior, también se produce cuando se afecta intencionalmente, con fines de hostigamiento, a grupos de accionistas en busca de una ventaja personal de quienes aprobaran con su voto la resolución asamblearia, sin que la misma se encontrare suficientemente fundada o explicada en la satisfacción de un interés social.

<sup>21</sup> “Pereda, Rafael c/Pampagro S.A.” (ED, t. 136, pp. 387/396).

<sup>22</sup> FORESTIER, Juan Carlos: “Nulidad de la resolución asamblearia que decide aumento de capital con fundamento en el abuso de derecho de la mayoría”, LL, 1985-D, pp. 972/978. “...un aumento de capital que no se fundamenta en razones de necesidad inspiradas en el interés social, constituye una decisión torpe contraria a principios de orden público y que, a pesar de reunir todos los requisitos del caso, puede ser válidamente atacada con éxito por la vía prevista por el art. 251 de la ley 19.550” (p. 974).

<sup>23</sup> NISSEN, Ricardo Augusto: “Impugnación de aumentos de capital social”, *Diario La Ley*, 15/3/95, en comentario crítico al fallo en “Pereda, Rafael c/Pampagro S.A.”.

<sup>24</sup> *La Ley* 1982-A, pp. 82/102, CNCom., Sala B, septiembre 24-980. Kraft Ltda. Guillermo c/Motormecánica S.A.I.C. “Todas las veces que el titular de un derecho pretenda ejercerlo para servirse a propósitos reñidos con la buena fe, hay una desviación del poder jurídico que la norma ha otorgado en cuanto no media concordancia con la finalidad por la cual ésta confiere aquellos poderes. En estos casos, el abuso del derecho se configura y es deber del juez poner coto a una conducta reñida con aquel principio señero del derecho”.

<sup>25</sup> GALGANO, Francesco: “Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia”, t. VII: “La società per azioni”, p. 233. “...in giurisprudenza si e, in più occasioni, ritenuta invalida una deliberazione assembleare di aumento di capitale preordinata all'unico scopo di ridurre la quota di partecipazione di un socio di minoranza...”.