

El abuso de derecho como causal de impugnación de los actos societarios. La acción de abuso regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación

Marcelo Barreiro

Ponencia

En casos de existencia de abuso en la adopción de decisiones societarias por el órgano de gobierno, puede recurrirse a la previsión del art. 10 del Código Civil y Comercial para impugnar o cuestionar las mismas, sin necesidad de utilizar la previsión del art. 251 de La Ley 19.550”.

I.- Introducción

Sabido es que toda decisión adoptada orgánicamente por una sociedad anónima a través de su órgano de gobierno, puede ser cuestionada en determinadas condiciones.

Así, el artículo 251¹⁵² de La Ley general de sociedades establece que: “Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de La Ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad. También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor. Promoción de la acción. La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el Juez de su domicilio, dentro de los tres (3) meses de clausurada la asamblea”.

¹⁵² Hipótesis aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por la remisión del art. 159 LGS (ley general de sociedades).

No es del caso reiterar aquí toda la doctrina y jurisprudencia que atiende la cuestión de la impugnación de los actos asamblearios, pero si cabe destacar tres cuestiones:

- a) El escueto lapso de tres meses que establece La Ley para ejercer el referido derecho de impugnación;
- b) Buena parte de las cuestiones que dan origen al derecho de impugnación tienen que ver con el ejercicio abusivo del poder de las mayorías societarias o de quienes administran la sociedad;
- c) Que en caso de existir supuestos de nulidad absoluta, no es de aplicación el supuesto específico y propio de nulidad de La Ley societaria (art. 251), sino que puede abrirse una acción de nulidad absoluta del derecho común¹⁵³.

II.- El abuso de derecho

El abuso de derecho nace como doctrina en Francia (en el siglo XIX), como una creación pretoriana frente al absolutismo del ejercicio de los derechos que regía desde antiguo. Esta doctrina fue aplicable en origen a las relaciones de vecindad, y fue **Josserand** el histórico compilador de la doctrina.

En Roma no había abuso, sólo restricción al ejercicio de los derechos si existía daño. La doctrina del abuso de derecho supera esa concepción entendiendo que, aún sin daño, puede existir un **ejercicio anti funcional del mismo**¹⁵⁴. Ese ejercicio anti funcional puede darse si existe un desvío, en el ejercicio del derecho, de la finalidad que La Ley tuvo al reconocerlo.

El Código Civil de Velez Sarsfield no reconoció este instituto y no fue hasta la reforma introducida mediante La Ley 17.711, en su art. 1071 donde se introdujo y definió el mismo. Así se dispuso que: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”*.

Claramente entonces, La Ley no ampara el ejercicio “abusivo” o “irregular” de los Derechos, entendiendo por tal el que se realiza contrariamente:

- Al fin que tuvo La Ley al crearlo (va contra la tésis)

¹⁵³ Es la doctrina generada a partir del leading case: “Abrecht c. Cacique Camping, S.A.”, donde se estableció que correspondía aplicar el plazo de prescripción previsto en el art. 4030 del derogado Código Civil (dos años) para la acción de nulidad de los actos jurídicos viciados por violencia, intimidación, dolo, error, o falsa causa.

¹⁵⁴ “Si hay abuso no hay derecho” (Planiol).

- A la Buena Fe
- A la Moral
- A las Buenas Costumbres.

III.- El abuso de derecho en las sociedades

La impugnación de los actos asamblearios importa la pretensión de dejar sin efecto un acto jurídico, planteando la nulidad del mismo. Es un instituto propio del microsistema societario, una modalización específica del sistema de nulidades previsto en origen, por el Código Civil derogado. En tanto y en cuanto, ello es así, no aplicarán sobre el punto otras normas que las expresamente previstas al respecto en el microsistema normativo societario (La Ley 19.550).¹⁵⁵

La diferencia sustancial está dada por el hecho de que el acto jurídico que se pretende nulificar en el caso es un acto jurídico colectivo que importa atribuir una determinada decisión a un ente personificado: la sociedad.

La acción de nulidad del acto societario es, y en esto la doctrina está conteste, una acción social, no individual, de allí que el perjuicio que el acto genera, no debe afectar a un socio (aunque indirectamente lo haga), sino a la sociedad. Este es el interés que la acción tutela, y se presume que el no respeto a los derechos de los socios importa, de modo claro, el perjuicio a la sociedad en tanto y en cuanto, es un eje esencial de la estructura el mismo. De allí que tanto quienes poseen la mayoría como los que no, deben ejercer sus derechos de modo funcional al interés societario general.

Más allá de ello, en general, quienes ejercen de modo abusivo con más habitualidad sus derechos son la mayorías.¹⁵⁶ Nissen¹⁵⁷, sostiene que “se debe

¹⁵⁵ Ver la ponencia colectiva de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (“comisión de Derecho Comercial”), presentada – entre otros - también por el suscripto en este mismo Congreso, titulada: “La prelación normativa del artículo 150 del Código Civil y Comercial”.

¹⁵⁶ Aunque existe también lo que se denomina “el temido abuso de las minorías” (SCBA, 20/09/2000, “Maglione de Delvecchio, Nelba M. v. Chuit y Maglione S.A.”, Abeledo-Perrot Documento N° 1.63683, ALEGRÍA, Héctor, “El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas”, RDPC, Separata N° 16; BERMÚDEZ, Jorge Luis, “Abuso de las minorías: hacia una protección jurídica de la sociedad”, Derecho y Empresa, Primer Congreso Nacional Derecho y Empresa, ed. D&D, Diciembre 2004; RUBÍN, Miguel Eduardo, “Algunas modalidades de abuso de la minoría en materia de nulidad de asamblea societaria (y como ponerles remedio)”, E.D. 233-1021).

¹⁵⁷ NISSEN, Ricardo A., Ley de Sociedades Comerciales Comentada, anotada y concordada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1993.

considerar que el principio rector de las mayorías, solo hace presumir la existencia de la voluntad social, lo que no impide que el accionista pueda hacer uso de la acción de impugnación para evitar el abuso de las mayorías, que gran parte de la doctrina ha comparado con el abuso del derecho establecido por el código civil. El uso abusivo de poder, termina dañando a la sociedad, “por lo que en definitiva, la tutela de la minoría no es más que la tutela de la propia sociedad mediante la acción del accionista aislado”

Dentro de la clasificación de Halperín respecto de las posibles nulidades a interponer sobre estos actos societarios (absolutas y relativas) existe la categoría de los vicios por la causa y el contenido de la decisión, dentro de las que ubica a las “resoluciones violatorias de los derechos de los accionistas” – vgr.: **abuso de poder**.¹⁵⁸

Resulta claro entonces que el abuso de derecho puede ser una causal de impugnación del acto societario. Así, se ha decidido que “El concepto de abuso del derecho se identifica, en materia societaria, y con relación a las asambleas, con el abuso de mayorías o, mejor aun, tratándose de decisiones asamblearias en las sociedades, el abuso de mayorías es lo que constituye el abuso del derecho” (CNCom., Sala B, Diciembre 6 1982). ED, 103-167, donde se consideró que en el caso de las sociedades “dicho abuso en las decisiones asamblearias de las sociedades anónimas se configura cuando la asamblea decide en contra del interés social y con la única finalidad de favorecer a los accionistas integrantes de la mayoría en detrimento de los que forman una minoría”.

IV.- El abuso de derecho en el Código Civil y Comercial de la Nación como causal autónoma de impugnación de los actos asamblearios

El Código Civil y Comercial de la Nación regula el abuso de derecho en su art. 10, dentro del Título preliminar. Allí se sostiene:

Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos.

Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Sobre lo hasta aquí previsto no existe demasiados cambios significativos en punto a la previsión del art. 1071 del Código Civil derogado. Pero existe una novedad que no puede menos que sorprendernos y que, entendemos, trae-

¹⁵⁸ ISAAC, “Curso de Derecho Comercial”, Depalma, 1977.

rá un conglomerado de dudas en punto a su aplicación, que está dispuesta en la última frase de la norma, que sostiene:

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

¿Que hay aquí? Claramente la regulación de una acción judicial de abuso con una medida cautelar y un doble objeto. Así La Ley le ordena al juez:

- a) Evitar los efectos del ejercicio o la situación abusiva (medida cautelar);
- b) Reponer el estado de cosas a la situación anterior (objeto procesal 1);
- c) Fijar una indemnización (objeto procesal 2).

Es evidente que la norma fija una acción procesal para impedir o resolver la situación de abuso en el propio texto de la norma de fondo,¹⁵⁹ la que puede ser promovida (entendemos) por quien se considere víctima o sujeto pasivo de la misma, ante el juez que resulte competente con la situación normativa de fondo en el marco de la cual se da el abuso.

Allí se puede plantear una medida cautelar para que se eviten o suspendan los efectos del abuso, buscando una sentencia de fondo que reponga – de ser ello posible – el estado de cosas a la situación anterior y que, **fije una indemnización.**¹⁶⁰

¿Es ello aplicable a la situación de abuso societario descripta más arriba? Entendemos que sí (y no solo para la hipótesis de impugnación de actos asamblearios), pues no hay distinción sobre el punto en el Título preliminar que, debemos recordar, aplica a todas las situaciones jurídicas y conductas del derecho privado codificado (de las que La Ley general de sociedades forma parte). Por lo demás, en punto al orden de prelación, contiene una clara disposición de orden público¹⁶¹, por lo que no aplicaría aquí la prioridad interpretativa del microsistema que hemos referido y sostenido.

¹⁵⁹ Lo que si bien importa – *a priori* – regular una cuestión procesal, entendemos no parece violar el art. 121 de la Constitución Nacional (ver nuestra ponencia en este mismo Congreso titulada “Algunos apuntes sobre la responsabilidad de los administradores de la persona jurídica a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”).

¹⁶⁰ Siendo que para que exista abuso no debe existir obligatoriamente perjuicio o daño, sino sólo ejercicio antifuncional, cabe preguntarse si dicha indemnización aplica dentro del marco de la responsabilidad civil a la que sigue respondiendo el paradigma del Código, por lo cual deberán acreditarse los 4 presupuestos de la misma o si se pretendió incorporar un supuesto punitivo, insuficientemente regulado.

¹⁶¹ Ver la ponencia colectiva de la Comisión de Derecho Comercial de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (que lleva nuestra firma, entre otras), titulada: “La prelación normativa del artículo 150 del Código Civil y Comercial”, presentada en este mismo Congreso.

En el caso, se regula una acción de “nulidad” (volver las cosas a su estado anterior) por abuso, es decir una acción de derecho común, lo que importa asimismo, abrir la legitimación de la misma a cualquier sujeto víctima del abuso, aunque no sea un socio.¹⁶²

¹⁶² Lo que se discute en doctrina en punto a la acción típica del art. 251 donde sólo Nissen parece alzarse abriendo el elenco de los posibles impugnantes por fuera de los accionistas.