

I.- El derecho de solicitar la convocatoria a Asamblea de Accionistas, plasmada en el último párrafo del art. 236 del Dec. Ley 19550/72, es propio e irrenunciable y tiene por función asegurar el control de la administración de los negocios sociales. Ante la omisión del Directorio o del Síndico, por sí sólo, se justifica el recurso judicial.

La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con fecha 24/1/69 (ED 26-362 y ss.) por la Sala de Feria integrada por los Dres. Isaac Halperin, Héctor Fernández Marelli y Luis María Pomés, aplicando el ahora derogado art. 348 del Código de Comercio, sostuvo que ante la solicitud a convocatoria de Asamblea de Accionistas formulada por uno de estos últimos, la función del Juez es la de suplir la renuencia del órgano societario encargado de hacerlo, no pudiendo juzgar la procedencia del Orden del Día siempre que, lógico es, no se infrinja el art. 953 del Código Civil (ídem, C.M. Com. Sala A, julio 20-972, ED 47-355) y conf. Halperin "Sociedades Anónimas" pág. 566 y ss., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978).

No obstante ello, como explican Zaldívar y otros en "Cuadernos de Derecho Societario" (Tº 11, 2ª parte, pág. 347 y ss.), la Jurisprudencia ha sido muy cautelosa para proveer los pedidos de convocatorias a Asambleas (C.N.Com. Sala A, 20-7-72, L.L. Tº 148, pág. 567).

En el fallo citado en primer término también se ha sostenido que el derecho a solicitar judicialmente la convocatoria a Asamblea de Accionistas, importa un remedio legal consagrado por el derecho contemporáneo en amparo de las minorías.

Enseña Antonio Brunetti en su "Tratado de Derecho de las Sociedades", Tº II, pág. 379 y ss., Ed. UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1960, que esta facultad no está concedida a los accionistas "uti singuli", sino que es menester que sea pedida por un número de ellos que la ley determina.

II.- No obstante que los arts. 236 in fine y 242 de la Ley de Sociedades tienen organizado un sistema de convocatoria judicial a Asamblea de Accionistas, pese a que la Ley de Sociedades resulta eminentemente reglamentaria, cabe evidenciar que existe una laguna legal acerca del modo y del procedimiento a emplear para decretar la convocatoria judicial.

Entendemos que en la especie no es aplicable el art. 15 de la Ley de Sociedades que estatuye que cuando en la ley se dispone o se autoriza la promoción de acción judicial, ésta se sustanciará por procedimiento sumario, salvo que se indique otro.

Ello por cuanto el pedido de convocatoria judicial a Asamblea no debe ser entendido como una acción, pretensión que necesariamente debe sustanciarse por un proceso de conocimiento tendiente a obtener, una vez sustanciado, una sentencia de condena, vg.: impugnación de Asamblea, nulidad de oferta pública (art. 199 y 22 de la Ley de Sociedades).

Por el contrario, en el caso de convocatoria judicial de Asamblea, la petición sólo se circunscribe a requerir del órgano jurisdiccional su convocatoria cuando el Directorio o la Sindicatura omitiesen hacerlo.

Va de suyo que si ese pedido hubiera de tramitar conforme a las reglas previstas por el art. 15, se tendría que esperar el transcurso de todo un proceso de conocimiento que culminara con una sentencia firme de condena que impusiera al Directorio la obligación de convocar a Asamblea, lo que implicaría que en la práctica el instituto quedaría desnaturalizado, pues no se podría cumplir con el fin previsto por el Legislador, ya que la protección de las minorías se vería cercenada pues no tendría la posibilidad, durante el transcurso del pleito, de ejercer adecuadamente el control de los negocios sociales por la desprotección a que puede llevarles la morosidad del Síndico. En tal sentido sería imposible entonces poder convocar a Asamblea General de Accionistas para tratar la remoción de los Administradores, lo que daría lugar a la interposición de una acción de remoción con el consiguiente pedido de medidas cautelares (art. 113/117 de la Ley de Sociedades).

No ha de olvidarse que el tercer párrafo del art. 236 prevé igualmente la posibilidad de convocar a asamblea por parte de la autoridad de contralor, la que es decidida sin ningún tipo de sustanciación con la sociedad, sus administradores o síndicos ya que la ley nada dice, no siéndole aplicable a la autoridad de contralor la norma procesal del art. 15.

III.- En la Ley de Sociedades existen algunas normas en virtud de las cuales se puede recurrir ante el Juez del domicilio social para dirimir ciertos conflictos entre los socios, sin recurrirse al procedimiento previsto por el art. 15, v.g., art. 152, que estatuye que la oposición de un socio a la cesión de cuota de una S.R.L. se sustanciará ante el Juez del domicilio social, quien, con audiencia del representante de la sociedad y del socio oponente, puede autorizar —o no— la cesión. También existe intervención del Juez en el supuesto de impugnación del precio de una cesión de cuotas de una S.R.L. (ver art. 153). Igualmente el Juez de la inscripción es competente en las incidencias de una impugnación de valuación de aportes (art. 52).

No coincidimos con Rodríguez y Rodríguez (Tratado de Sociedades Mercantiles, T° II, pág. 33, Ed. Porrúa, México 1947), quien entiende que de la petición formulada por el accionista al Juez competente deba darse traslado a los órganos sociales por vía incidental, pues si el recurrente ha acreditado fehacientemente la omisión o silencio a su pedido de convocatoria, qué sentido tiene darles vista.

Distinto sería el caso que de la documentación arrimada por el peticionante al Juez, se evidencie que el Directorio o Sindicatura de la sociedad, en vez de guardar silencio, hubiera expresado las razones que impedian convocar a Asamblea. En tal caso, sí resultaría necesario que éstos fueran oídos, a cuyo fin la cuestión debería ser resuelta de un modo expeditivo como lo puede ser la vía incidental.

Todo ello permite llevar a la conclusión que la petición judicial tendiente a obtener la convocatoria judicial de la Asamblea de una S.A. debe ser resuelta "in audita parte", siempre que se cumplan los recaudos exigidos por la Ley:

- a) Acreditar fehacientemente la existencia de la sociedad con denuncia de su domicilio y la calidad de accionista que represente como mínimo el 5% del capital social si los estatutos no fijaran una representación menor.
- b) Demostrar sumariamente que el Directorio (o la Sindicatura) omitió convocar a Asamblea no obstante existir una petición concreta.
- c) Determinación de los puntos del Orden del Día.

En general decimos que la convocatoria judicial a Asamblea debe ser decidida en principio *in audita parte*, esto es sin la intervención del Directorio o Sindicatura de la sociedad, no sólo con el fin de evitar toda controversia estéril, sino también con el objeto de que si existe peligro en la demora en la convocatoria, ésta no se vea dilatada con la interposición de un recurso de apelación articulado por los órganos sociales como partes procesales a las que se les hubo corrido traslado del incidente.

Como hemos dicho, el juez que entiende en la petición, una vez comprobados estos recaudos previos, deberá sin más trámite hacer lugar a lo solicitado, fijando una suma a costa del peticionante, a efectos de sufragar los gastos de publicación. Consecuente con ello, determinará los puntos del orden del día y designará un funcionario judicial que procederá a efectivizar la convocatoria y a presidirla.

IV.- Es por todo ello que proponemos para una eventual reforma de la Ley de Sociedades que se establezca expresamente que para el caso de convocatoria de Asamblea por vía judicial, la misma sea proveída "in audita" parte y con las características sumarias de las medidas cautelares y sólo excepcionalmente cuando existieran evidentes indicios que justificaran "prima facie" las razones por las cuales el Directorio o Sindicatura consideren que es imposible convocar a Asamblea (v.g.: impedimento en la confección de los estados contables, por razones de fuerza mayor —incendio, pérdida de los libros de comercio—) tendrán que ser oídos por vía incidental.