

**Impugnación judicial de la decisión
asamblearia adoptada mediante votos emitidos
en violación al deber de comportamiento
impuesto en el art. 248 de la LSC:
Legitimación de los Directores -
Responsabilidad de los Accionistas en virtud de
lo establecido en el art. 254 de la LSC**

MARÍA CECILIA SARMIENTO

RESUMEN

Dos son las consecuencias posibles ante el incumplimiento de la obligación de abstención de voto -art. 248LSC-: por un lado se puede impugnar la resolución asamblearia a la cual se hubiera arribado con el voto nulo, y por otro, si se hubiera ejecutado aunque sea parcialmente dicha resolución, se puede iniciar acciones de responsabilidad por daños y perjuicios.

Los directores están legitimados para impugnar la resolución adoptada por la mayoría mediante el voto nulo y para demandar por daños y perjuicios. Ello puede explicarse como una función de garantía de las minorías. Esta justificación desaparece cuando la decisión es adoptada con el voto unánime, debiendo prevalecer en ese supuesto la valoración efectuada por los interesados. El accionista que votó habiendo debido abstenerse es el principal responsable por los daños y perjuicios que pudieran producirse.

Respecto de la responsabilidad prevista en el art. 254 LSC, no puede aplicársela a los accionistas que sin tener un interés en conflicto, votaron favorablemente la decisión anulada, dado que ellos no tenían el deber de abstenerse, y la revocación de la resolución no se produce por tratarse de una resolución intrínsecamente contraria a la ley o estatuto, sino por habérsela adoptado sin una mayoría suficiente habilitada.

PLANTEO DEL TEMA

En el presente trabajo intentaré analizar la impugnación judicial de la decisión asamblearia adoptada mediante votos emitidos en violación a lo dispuesto en el art. 248 LSC como una de las dos consecuencias posibles del incumplimiento del deber de abstenerse de votar impuesto a los accionistas por el art. 248 de la LSC. En particular me referiré a la legitimación de los directores y síndicos para efectuar dicha impugnación.

INTRODUCCIÓN

Pronunciándome a favor de la teoría contractualista según la cual el interés social no es un interés abstracto, superior y distinto de los intereses de los accionistas, entiendo que el interés social es el **mínimo común denominador que une a los socios desde la constitución de la sociedad hasta su disolución.**

Los intereses individuales de los accionistas pueden ser discor-

dantes o concordantes, sin embargo en la mayor parte de los supuestos coinciden en la expectativa legítima de lucro compartido, que es lo que da sentido económico y jurídico al contrato de sociedad. Ese mínimo común denominador, cuando no se traduce en un interés común concreto, con contenido específico, definido positivamente, requiere como presupuesto básico que la decisión adoptada por el órgano de gobierno o de administración de la sociedad, no implique un beneficio diferencial para los accionistas mayoritarios, ni un perjuicio para los accionistas minoritarios en su calidad de tales. O sea que en la mayoría de los casos el interés social será más bien un marco dentro del cual cualquier decisión será válida.

Coincido con Jaeger¹ en que cuando todos los titulares de un interés deciden sacrificarlo en virtud de otro interés común a todos ellos, el ordenamiento no tiene ninguna razón para intervenir, porque un potencial conflicto intersubjetivo de intereses se ha resuelto en un conflicto intrasubjetivo, irrelevante para el derecho. Es suficiente que un sólo accionista discrepe con la opción de sacrificar el interés común dentro del marco de la sociedad, para que estemos en presencia de un conflicto, y en este escenario no se puede permitir que un accionista se vea perjudicado en el legítimo interés de que la sociedad concluya operaciones con el máximo beneficio (o al menos, sin pérdidas), dado que el principio mayoritario no opera para resolver un conflicto entre interés extrasocial e interés social, y que el segundo prevalece sobre el primero.

DESARROLLO DE LA PONENCIA

El segundo párrafo del artículo 248 de la LSC no impone como sanción expresa la anulabilidad de la decisión -si el voto en situación de conflicto contribuyera a constituir la mayoría-, sino que sólo le impone a los socios que hubieran violado la abstención que la ley impone, la responsabilidad por los daños y perjuicios, cuando sin su

¹ JAEGER, Pier Giusto: "L'Interesse Sociale", Universidad de Estudios de Milán, Facultad de Jurisprudencia, Dott. A. Giuffré Editores, Milán, 1972.p. 183 y ss.

voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para la decisión adoptada. Sin embargo, entiendo que:

a) La violación de la obligación del accionista de abstenerse de votar cuando se produce el conflicto de intereses, puede dar lugar a la nulidad del voto (dado que el accionista que se encuentra en conflicto con el interés social y que pese a ello participa de la votación asamblearia, ejerciendo el derecho de voto para perseguir sus propios intereses extrasociales, actúa no sólo contra los fines del contrato social sino también infringiendo una prohibición legal).

Y si se trata de un voto indispensable a fin de formar la mayoría requerida para la obtención de una decisión válida, al declararse la nulidad de voto desaparece la mayoría necesaria y queda necesariamente sin efecto la resolución en cuestión; y b) La acción de nulidad y la acción de daños y perjuicios son acciones independientes.

O sea que son dos las consecuencias posibles entre las cuales se puede optar ante el incumplimiento de la obligación de abstención de voto: por un lado se puede impugnar la resolución asamblearia a la cual se hubiera arribado con el voto nulo de quien debía abstenerse, y por otro lado si se ejecuta la resolución de la asamblea, cualquier accionista legitimado puede iniciar acciones de responsabilidad por daños y perjuicio al socio que a pesar de la prohibición legal votó dicha decisión².

En el presente trabajo me referiré con exclusividad a la acción de impugnación asamblearia como consecuencia del incumplimiento del deber de conducta establecido en el art. 248 LSC, y en particular de la legitimación de los directores y síndicos para llegar a cabo dicha impugnación, en algunos supuestos.

La exposición de motivos de la ley societaria expresa que “La doctrina contemporánea coincide en sostener la nulidad del voto” del socio cuando sus intereses particulares entran en conflicto con los de

² Roimiser considera que procedería la acción de impugnación que prevé el artículo 251, sin que ello obste a que proceda la responsabilidad que impone el artículo 248, en virtud de que una decisión obtenida con el voto de quienes están en situación de conflicto es violatoria de la ley (ROIMISER, Mónica G. C. de: “El Interés Social en la Sociedad Anónima”; Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1979, p. 105. Considera que tal responsabilidad no puede ser extendida a los accionistas que votaron favorablemente la decisión anulada, en virtud del art. 254, salvo que se probare connivencia dolosa).

la sociedad; de ahí surge la regulación del art. 248, que trae una solución generalmente aceptada³.

Si bien la doctrina no es totalmente pacífica con relación a los efectos del incumplimiento de la obligación de abstenerse de votar, tanto la doctrina mayoritaria⁴ como la jurisprudencia mayoritaria admiten la anulabilidad de las resoluciones asamblearias adoptadas en

³ Exposición de Motivos de la Ley 19.550.

⁴ Halperín expresa que la norma del art. 248 es una de las tantas aplicaciones de los conceptos de lealtad, buena fe e interés social: "en todos los casos el voto del accionista se anula. No lo dispone expresamente el art. 248 cit., pero resulta claramente de otras disposiciones: art. 243, párr. tercero que se refiere a los votos presentes que pueden emitirse en la respectiva decisión; art. 244, párr. tercero que incluye disposición análoga. Además, la aplicación del art. 18 Cód. Civil y por ilicitud del motivo (Mengoni en "Rivista della Società", 1956 p. 447)" Citado por HALPERIN, Isaac, "Sociedades Anónimas" p. 188, nota 31.

ODRIOZOLA, sostiene que la sanción específica de reparación de daños y perjuicios no excluye el ejercicio de la acción de nulidad por cuanto el no cumplir con la abstención de voto impuesta en el art. 248, constituye uno de los supuestos de violación de la ley que fundamenta la acción de impugnación del art. 251 "Los grupos de sociedades y los accionistas externos", p. 1119.

Zaldivar, Manóvil, Ragazzi, y Rovira, sostuvieron que "la decisión asamblearia lograda en violación de la prohibición de votar es susceptible de ser impugnada de nulidad" ODRIOZOLA, Carlos S.; En la misma línea Manóvil se pronunció por la posibilidad de impugnar las resoluciones asamblearias, aparentemente válidas por sus formas, pero impugnables por su contenido en virtud del reconocimiento de la limitación de los poderes de la asamblea, esencialmente con respecto a los derechos individuales del accionista y sobre todo por el respeto de los intereses sociales (MANÓVIL, Rafael Mariano; Debate de los temas incluidos en la Comisión III de "Asambleas de Sociedades por Acciones. Impugnación"; Primer Congreso Argentino de Derecho Societario).

Nissen también entiende que esta responsabilidad establecida en el artículo 248 no descarta la nulidad del acuerdo adoptado, cuando éste hubiere sido resuelto con el voto del accionista con interés contrario, y en tal caso puede impugnarse la resolución asamblearia de acuerdo a lo previsto en el artículo 251 de la LSC, siempre que se haya ocasionado un daño a la sociedad (NISSEN, Ricardo A.; "Ley de Sociedades Comerciales"; p. 604).

Richard manifestó en el Primer Congreso Argentino de Derecho Societario que felicita la expresión del artículo 251 de la LSC que autoriza la impugnación de las resoluciones que sean violatorias de la ley, del estatuto o del reglamento, omitiendo la expresión interés social (RICHARD, Efraín Hugó; Debate de los temas incluidos en la Comisión III de "Asambleas de Sociedades por Acciones. Impugnación"; Primer Congreso Argentino de Derecho Societario).

Silberstein propuso en el Primer Congreso Argentino de Derecho Societario que la LSC admita expresamente que puedan ser impugnadas las decisiones de las asambleas de las sociedades por acciones, de las que resulten mediata o inmediatamente beneficios de uno a varios accionistas, y que sean contrarias al interés social (SILBERSTEIN, Isidoro; Debate de los temas incluidos en la Comisión III de "Asambleas de Sociedades por Acciones. Impugnación"; Primer Congreso Argentino de Derecho Societario). En una postura diferente a todas las antes citadas.

Verón considera que la falta de abstención de voto del accionista que se encuentra en tal situación de conflicto, tiene una sanción, propia y específica, y que al no existir una sanción de nulidad fundada en el conflicto de intereses que invalide la decisión asamblearia, debe descartarse la aplicación del art. 251 de la LSC (VERÓN Alberto Víctor; "Sociedades Comerciales. Ley 19.550, Comentada, anotada y Concordada"; Tomo 3; p. 880).

violación al premencionado artículo⁵. Por su parte, el anteproyecto de reformas a la ley 19.550 incluyó entre los ajustes que deberían efectuarse a dicha norma el esclarecimiento de que el voto emitido por un accionista en conflicto con el interés social constituye una causal de impugnación de la resolución asamblearia. Comparto con Otaegui el criterio de que se trata de un supuesto de anulabilidad y no de nulidad⁶. Entiendo que en estos supuestos las resoluciones asamblearias se podrían impugnar también con fundamento en el abuso de la mayoría, tratándose de una situación concreta de “abuso del derecho”⁷. Por lo

⁵ **Pronunciamientos jurisprudenciales en nuestro país:** En el caso “*Pineda, Eliseo c. Ciro, S.A.*” se dispuso que “el accionista que considere que no se ha respetado el principio de razonabilidad en la decisión y la satisfacción de un real interés social, está facultado para recurrir a la justicia a fin de que ésta decida en definitiva si la mayoría se ha extralimitado en el ejercicio de sus derechos y proceda en consecuencia” (CApel CC Rosario, sala II, 6/5/77 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1964, sum. 80). La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo en el célebre fallo “*De Carabassa, Isidoro c. Canale, S. A. y otra*” (CNCom., Sala B, 6.12.82; LL 1983-B, 362 - JA, 983-II-549 - ED, 103-165) que conforme a los expresos términos del artículo 248 de la LSC, la falta de abstención tiene como sanción propia y específica, la responsabilidad del socio que así precediera por los daños y perjuicios cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida, luego de lo cual desestima la aplicación del artículo 251 de la LSC. Igual criterio se sostuvo en otros pronunciamientos: “No existe una sanción de nulidad fundada en el conflicto de intereses que invalide la decisión asamblearia. La falta de abstención de voto tiene como sanción la responsabilidad por los daños y perjuicios cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida” (CNCom., Sala B, 5/11/93, RDCO, 1994-515; id., Sala C, 12/3/93, LL, 1993-C-295, DJ, 1993-3-84, y JA, 1993-III-21). Esta posición no ha sido compartida en otros fallos de la CNCom. de la Capital Federal. La Sala B aceptó la sanción de nulidad en el caso “*Milrud, Mario c. The Americans Rubbers Co.S.R.L.*” (CNCom., Sala B, 15.5.87). También se sostuvo la impugnabilidad de las resoluciones sociales dictadas en violación al art. 248, en los fallos “*Comisión Nacional de Valores c. Laboratorios Alex*” (CNCom., Sala C, 12/3/93, LL, 1993-C-295, DJ, 1993-2-84, y JA, 1993-III-21), “*Godoy Achar, Eulogio c. La Casa de las Juntas, S.A.*” de la Sala D y “*Sánchez, Carlos c. Banco Avellaneda, S.A.*” en el que se afirmó que las consecuencias en orden a la responsabilidad por daños prevista en el art. 248 de la ley de sociedades lo era “sin detrimento para la impugnación de la asamblea” (ODRIOZOLA, Carlos S.; “Los grupos de sociedades y los accionistas externos”, p. 1120).

⁶ OTAEGUI, Julio Cesar; “Asambleas de Sociedades por acciones. Impugnación”; Primer Congreso de Derecho Societario; Comisión III: Asambleas de sociedades por acciones: “Cuando el voto en conflicto de intereses afecta a la mayoría necesaria para una decisión válida, la doctrina predominante interpreta que la decisión respectiva es nula. Dicha nulidad tutela al interés particular de los integrantes de la minoría, por lo que se trata de una nulidad que debe ser declarada a pedido de parte (Cod. Civ. 1048) y en consecuencia se compurga por el transcurso del tiempo si no se deduce la acción”

⁷ La formulación italiana de la “Teoría del Abuso del Voto” sostuvo que el principio mayoritario tiene eficacia vinculante respecto de todos los socios sólo cuando esa mayoría, al ejercer su derecho de voto, lo hace inspirándose en el interés social. De lo contrario y en virtud de frustrarse el fin para el cual tal derecho es concedido, se incurre en una situación de abuso. Por otra parte la noción de abuso de derecho no se refiere sólo al abuso de las mayorías, sino también al abuso de las minorías.

tanto, atacado de nulidad el voto del accionista en conflicto e impugnada la resolución asamblearia adoptada con el voto determinante del socio en conflicto, la autoridad judicial es competente para anular dicha resolución. La resolución puede impugnarse sólo si, sin el voto de los socios que debían haberse abstenido de votar, no se hubiera obtenido la mayoría necesaria. Por lo tanto quien intenta obtener la nulidad de la resolución, debe demostrar que el voto del socio en conflicto ha asegurado la obtención de tal mayoría (la llamada “prueba de resistencia”). El juez deberá verificar si los votos sin los cuales no se hubiera logrado una decisión válida, fueron emitidos por accionistas que estaban en una objetiva situación de conflicto. Comprobada esta situación hará lugar a la acción de nulidad de los votos emitidos en violación a la ley y en consecuencia revocará la resolución asamblearia adoptada en virtud de dichos votos⁸.

SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO

El régimen alemán⁹ dispone la anulabilidad de una decisión asamblearia si el accionista, en ejercicio de su derecho de voto ha tenido la intención de obtener ventajas particulares para sí o para otro, en detrimento de la sociedad o de los otros accionistas, salvo que tal decisión prevea una compensación adecuada para los demás accionistas. La acción de nulidad esta sujeta a condiciones subjetivas y objetivas:

Condiciones objetivas: La acción de nulidad requiere que la decisión sea idónea para procurar ventajas particulares¹⁰ al accionista en detrimento de la sociedad o de los demás accionistas.

Condiciones subjetivas: se refieren a la intención del accionista de obtener las ventajas particulares mencionadas, en detrimento de la sociedad o de alguno de los accionistas. El accionista debe ser consciente de que el logro de tales ventajas particulares perjudicará o

⁸ Con respecto a la carga probatoria, le incumbe a quien imputa que una decisión determinada es incompatible con la causa del contrato, demostrar que ha sido adoptada con votos inspirados en un motivo ajeno al interés social.

⁹ Artículo 243, inc. 2 de la ley del año 1965.

¹⁰ “Ventajas particulares” son aquellas que no benefician a todos los accionistas de una categoría en forma igualitaria.

pueden perjudicar a la sociedad o a los demás accionistas. Tal intención debe ser probada por quien solicita la anulación de la decisión asamblearia. La jurisprudencia y la doctrina requieren que tales condiciones se hayan dado en por lo menos el porcentaje de accionistas sin los cuales la resolución no se hubiera tomado.

El artículo 2373 del código civil italiano dispone que el voto otorgado por el socio en conflicto de intereses torna impugnabile la decisión, cuando “esta pueda acarrear un perjuicio a la sociedad”, y siempre que “sin el voto de los socios que habrían debido abstenerse de la votación, no se hubiera alcanzado la mayoría necesaria”. La doctrina italiana ha considerado que las decisiones en las cuales los socios, en el ejercicio de su derecho de voto, no se comportan como miembros de la colectividad, no constituyen una manifestación válida de la voluntad social, siendo nulas (art. 2379 de la ley italiana) o anulables (art. 2377 de la ley italiana). El juez puede declarar nulo el voto y anular la deliberación en virtud del daño potencial a que se expone a la sociedad. Basta demostrar que el voto ha sido emitido inspirándose en un interés extrasocial para que sea nula, y la decisión que sin él carecería de la mayoría requerida, anulable.

LEGITIMACIÓN DE LOS DIRECTORIOS Y SÍNDICOS PARA IMPUGNAR UNA DECISIÓN ASAMBLEARIA QUE CONSIDERAN CONTRARIA AL INTERÉS SOCIAL:

Los directores tienen un deber de actividad positiva en protección y resguardo de los intereses sociales que le fueron confiados. En caso de no hacerlo así, su responsabilidad resultará indudable¹¹. Por lo

¹¹ MANÓVIL, Rafael Mariano: “Los interrogantes sobre la responsabilidad y los deberes de los funcionarios societarios en los grupos”; Congreso Argentino de Derecho Comercial 1990, Vol. II: “Los administradores tienen el deber de impugnar las resoluciones asamblearias contrarias a la ley, el estatuto, o claramente dañosas para la sociedad. Sin duda, la cuestión dependerá de las circunstancias del caso y este criterio deberá aplicarse con ponderación. Téngase en cuenta que el art. 233, último párrafo, de la Ley establece el deber de cumplir las resoluciones que sean conformes con la ley y el estatuto. La impugnación podría no ser necesaria en un supuesto de grosera irregularidad o ilegitimidad, vgr. si la asamblea hubiera dispuesto evadir impuestos. En un caso así los administradores podrán simplemente apartarse de las directivas. Pero cuando se trata de resoluciones contrarias al interés social, o que importe un acto de mala administración, se está frente a materias que, por su naturaleza, son opinables. Respecto de éstas, el exiguo plazo de caducidad del art. 251 tiene un efecto convalidatorio

tanto los directores no sólo están legitimados sino que tienen el deber de impugnar toda resolución alcanzada con el voto determinante de un accionista con un interés contrario al social, con la salvedad de las resoluciones adoptadas por asambleas unánimes. Basta que un solo accionista este ausente o que haya votado en contra para que el director deba proceder a la impugnación.

En la doctrina italiana esta cuestión ha sido objeto de un profundo análisis: – Minervini da una respuesta negativa al tema en cuestión. Examinando la *ratio* del art. 2377 inciso segundo, del Código Civil italiano, niega que el fundamento de la acción de nulidad ejercida por administradores y síndicos pueda identificarse con el interés de la sociedad; – Por su parte la tesis contractualista da una respuesta intermedia. Sostienen que si el interés social se resuelve en un interés colectivo de los socios, éste no funciona igual respecto de los accionistas mismos y respecto de los administradores y síndicos. A los primeros, en cuanto son titulares de ese interés, debe serles reconocida la máxima discrecionalidad (dentro de ciertos límites que pierden eficacia frente al acuerdo de todos los componentes del grupo) en la evaluación y valoración de los intereses que se perseguirán en concreto. Para los miembros del directorio y de la sindicatura, el interés social representa un interés extraño, que los administradores y síndicos están obligados a perseguir en función de la particular relación que existe entre ellos y los accionistas.

En relación a estos últimos, en consecuencia, tal interés se configura como un interés típico, que resulta de las obligaciones específicas que las leyes ponen a su cargo¹². Coincido con la solución de la tesis contractualista en que los administradores y síndicos no podrían impugnar decisiones asamblearias unánimes. Considero que frente a una decisión mayoritaria no unánime, la impugnación de los administradores y los síndicos puede explicarse como una función de garantía de las minorías, que se agrega a los medios de tutela reconocidos por la ley.

Así, cuando la decisión es adoptada con el voto favorable de to-

que determinará la plena vigencia de la obligatoriedad de las resoluciones asamblearias establecida en el ya citado art. 233, última parte, de la Ley.
¹² JAEGER, Pier Giusto; "L'Interesse Sociale".

dos los socios, esta justificación de la legitimación de los administradores y socios ya no tiene lugar, y la valoración efectuada por los interesados debe naturalmente prevalecer sobre la efectuada por terceros. Advierto que esta opinión resulta opinable porque en definitiva no existe una disposición legal que imponga esta limitación. Si bien existe una obligación a cargo de los administradores y síndicos de impugnar las decisiones inválidas, la responsabilidad de los administradores es hacia la sociedad, y la sociedad no podría intentar responsabilizar a los administradores alegando su propio hecho.

En cuanto a la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales, está claro que ella nunca podrá derivarse de la violación al interés de la sociedad, sino, tan sólo, de un comportamiento que perjudique a los acreedores, considerados en sí mismos.

Responsabilidad de los accionistas que no tenían interés en conflicto, que también votaron favorablemente la resolución que se revoca como consecuencia de la nulidad del voto emitido por el accionista con interés en conflicto:

Sin lugar a dudas el accionista que votó habiendo debido abstenerse es el principal responsable por los daños y perjuicios que pudieran producirse como consecuencia de ella. Cabe preguntarse por último, si es posible extender la responsabilidad por el voto prevista en el art. 254LSC a los accionistas que sin tener un interés en conflicto, votaron favorablemente la decisión anulada. Entiendo que salvo que se probare connivencia dolosa (lo cual sería hartamente difícil) tal responsabilidad no puede ser extendida a dichos accionistas, dado que ellos no tenían el deber de abstenerse de votar, y la revocación de la decisión asamblearia no se produce por tratarse de una resolución intrínsecamente contraria a la ley, estatuto o reglamento, sino por no existir una mayoría suficiente habilitada.