

## NORMATIVIDAD SOCIETARIA, ORDEN PUBLICO E IMPUGNACION DE DECISIONES ASAMBLEARIAS

*Guillermo E. Matta y Trejo*

INDICE: I. Síntesis. II. Introducción. III. La noción de orden público frente al concepto de normas imperativas. IV. El art. 251 de la Ley Nº 19.550. Nuestra propuesta interpretativa.

### I. SINTESIS

1. Por normas de orden público deben considerarse aquellas disposiciones que tutelan la organización del Estado o la moral y buenas costumbres.

2. La Ley de Sociedades regula un contrato entre particulares y los derechos y obligaciones de los partícipes, por tanto la misma contiene normas imperativas pero no normas de orden público.

3. Las decisiones asamblearias que afecten normas imperativas están sometidas al procedimiento del art. 251 de la Ley Nº 19.550.

4. Las decisiones asamblearias que afecten el orden público, la moral y las buenas costumbres están excluidas del art. 251 y las acciones tendientes a su nulidad son imprescriptibles.

### II. INTRODUCCION

El tema que nos proponemos analizar en este trabajo es uno de los mas complejos del derecho societario.

Nuestra intención no ha sido otra que traer el tema a debate de este Congreso, pues el estrecho límite fijado para las ponencias impide agotar la cuestión.

No puede escapar al lector avezado que en los últimos tiempos numerosos fallos jurisprudenciales han tocado directa o indirectamente el tópico en análisis sosteniendo en su gran mayoría que cuando la decisión asamblearía está viciada de nulidad absoluta no es aplicable el plazo de caducidad de tres meses que impone

el art. 251 de la Ley Nº 19.550 a los fines de la interposición de la acción <sup>(1)</sup>.

La doctrina no ha sido tan pacífica. Por un lado existen quienes sostienen que las decisiones asamblearias viciadas de nulidad absoluta están comprendidas en el art. 251 del texto legal precitado <sup>(2)</sup>. Esta doctrina es minoritaria. Por otro lado, la doctrina mayoritaria sostiene que la nulidad absoluta puede invocarse vencido el plazo de caducidad del mencionado art. 251 y por ello está excluida de sus disposiciones <sup>(3)</sup>.

Esta ponencia busca un nuevo enfoque basada principalmente en la precisión de conceptos y con apoyo fundamental en que el ordenamiento societario regula relaciones entre particulares, circunstancia ésta que provoca que en aquel no existan normas de orden público <sup>(4)</sup>.

(1) C.N.Com., Sala E, mayo 23 1989, E.D. T 136-396, Larocca, Domingo A. c/Argentina Citrus S.A.: "Si lo decidido en una asamblea de accionistas fue aumentar al quíntuplo el capital social, es obvio que por ello no se han lesionado disposiciones de orden público sino que tal resolución aparece encuadrada dentro de lo dispuesto por los arts. 188 y 234, inc. 4 de la Ley Nº 19.550. Por ende cualquier vicio que pudiera imputarse a la resolución impugnada constituiría -de haberse configurado- una nulidad relativa en tanto solo estaría afectando el interés particular de algunos accionistas y no derechos inderogables de los socios. En tal caso, la acción de impugnación de la decisión asamblearia deberá ser interpuesta dentro del término prescripto en el art. 251 de la L.S."

C.N.Com., Sala B, 24/9/80, L.L. 1982-A-80, "Guillermo Kraft Ltda. c/Motor Mecánica S.A."; "Fábrica La Central de Oxígeno S.A. s/Quiebra s/incidente de nulidad de asamblea", C.N.Com., Sala C, 26/2/86 R.D.C.O. 1986, pág. 291 con nota de Eduardo M. Favier Dubois (h); "Lucini, Jorge c/ Unión Comerciantes Cía. de Seguros S.A.", C.N.Com., Sala de Feria, 11/1/85, L.L. 1985-C-483; Cám. Nac., Sala C, 10/7/90, autos: "Paneth, Erwin c/Boris Garfunkel e Hijos S.A.": "El plazo de caducidad que prevé el art. 251 de la L.S. no resulta aplicable en caso de nulidad asamblearia sujeta a los arts. 18 y 1047 del Código Civil".

(2) Matta y Trejo, Guillermo E.: "Imposibilidad de impugnar de nulidad decisiones asamblearias de sociedades anónimas una vez vencido el plazo establecido por el art. 251 de la Ley de Sociedades Comerciales" ponencia a las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Societario, Bs. As., septiembre de 1981, Rev. La Información Nº 624, Dic. 81; Fargosi, Horacio: "Caducidad o prescripción de la acción de nulidad de asambleas de sociedades por acciones", L.L. 1975-A-1061 y "Cuestiones preliminares sobre la reforma de la Ley de Sociedades Comerciales" en Anales de Legislación Argentina, 1983 Nº 28, pág. 1785; Dasso, Ariel Angel: "La sociedad anónima en la ley de reformas 22.903", pág. 206 Ed. Errepar, 1985; Williams, Jorge N.: "La impugnación de decisiones asamblearias nulas y el artículo 251 de la Ley Nº 19.550", L.L. 1983-C-1047.

(3) Halperín, Isaac: "Sociedades Anónimas", pág. 642 Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975; Otaegui, Julio: "Invalidéz de actos societarios", pág. 395, Ed. Abaco, Buenos Aires 1978; Zaldívar, Enrique y otros "Cuaderno de Derecho Societario", T. III, pág. 393 Segunda Edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1978; Bendersky, Mario: "Impugnación judicial de Asambleas de sociedades anónimas" en R.D.C.O. pág. 15 Ed. Depalma 1977; Nissen, Ricardo Augusto: "Ley de Sociedades Comerciales, anotada, comentada y concordada", T. II, pág. 612 y T. III, pág. 305, Ed. Abaco, Buenos Aires 1983; e "Impugnación de decisiones asamblearias", pág. 75, Buenos Aires, 1989, Ed. Depalma.

(4) Fargosi, Horacio P.: "Temas de Derecho Societario", Mesa Redonda sobre: "Concepto de Sociedad Comercial en el Derecho Moderno", Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1990, pág. 18: "Hay pautas de interpretación de la ley que tenemos que advertir, porque otra

Las normas imperativas de la Ley de Sociedades Comerciales tutelan un interés particular y por ello sus violaciones nunca podrán generar nulidades absolutas.

En cierta forma esta posición encuentra sustento en fallos jurisprudenciales. Así se sostuvo que la violación a las disposiciones del art. 189 de la Ley N° 19.550 era materia de nulidad relativa pues la norma contenida en tal artículo tutela exclusivamente un interés particular <sup>(5)</sup>.

### III. LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO FRENTE AL CONCEPTO DE NORMAS IMPERATIVAS

Tal como lo sostuvo el prematuramente desaparecido maestro Gervasio Colombres, la doctrina del derecho de sociedades no se ha interesado por el estudio del carácter de las normas que estructuran la relación societaria <sup>(6)</sup>.

La normativa societaria tiene su fuente formal en la ley y en el contrato social, por lo que su caracterización jurídica exige considerar conjuntamente uno y otro aspecto de la expresión normativa.

Según su carácter jurídico, Colombres sostuvo que las normas jurídicas societarias podían ser divididas en tres grupos:

1. *Imperativas*: Son aquellas que ordenan sin facultar una conducta diversa.
2. *Prohibitivas*: Son aquellas que imponen una omisión.
3. *Permisivas*: Son también llamadas facultativas o dispositivas.

Las normas imperativas, tanto las que tienen su fuente formal en la ley como las que la tienen en la voluntad contractual, pueden distinguirse en dos grupos:

cuestión que suele complicar el análisis de las soluciones dadas por la ley es esa equivocada afirmación de que la sociedad está sujeta a normas de orden público. La ley, para mí, no tiene absolutamente ninguna norma de orden público, es una ley que regula relaciones de contenidos patrimoniales y no otra cosa que relaciones de contenido patrimonial. De este modo lo que podrá haber son normas imperativas o indisponibles pero eso es una materia distinta del orden público. Será indispensable que la sociedad anónima no puede funcionar sin directorio o sin asamblea, pero no creo que sea tan indisponible que no pueda funcionar con unos accionistas que respondan o que garanticen todo el pasivo de la sociedad".

(5) Autos: "Sichel, Gerardo F. c/Boris Garfunkel e Hijos S.A." sentencia de primera instancia luego confirmada, voto de la Dra. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, 15/8/84: "Del mismo modo, si efectuamos el mismo análisis desde la óptica de la doctrina mayoritaria, es decir, si concluimos que existen normas de orden público, juzgo que las reglas legales que se dicen aquí que fueron violadas -art. 189 y 369 L.S.- no tienen el carácter de orden público, porque aún reconociendo que establecen pautas precisas destinadas a la protección de los accionistas, cuando éstos voluntariamente los modifican, no se afectan con tal apartamiento voluntario el interés público ni las buenas costumbres (art. 21 C. Civil) y ello en razón de tratarse de derechos disponibles o renunciabiles.

(6) Colombres, Gervasio R.: "Curso de Derecho Societario", pág. 80, Ed. Abeledo Perrot-Perrot Buenos Aires 1972.

- a) Las que organizan la estructura societaria.
- b) Las que se refieren a los derechos de los socios.

Unas y otras pertenecen a una misma categoría y responden a idénticas reglas. Esta división responde a un mero efecto analítico. La doctrina tradicional, en general, sólo se ha ocupado del segundo grupo caracterizándolo como derechos intangibles.

Nuestra Ley de Sociedades receipta la tipicidad. La acentuación de los caracteres típicos de formas sociales conceptuadas anteriormente como mixtas o mosaicas, produjo una cristalización técnico jurídica de estructuras societarias de ausente configuración en los sistemas que precedieron al esquema tipificante.

Pero la adopción de los tipos societarios no significó abandonar el carácter predominante supletorio que animaba gran parte de las disposiciones del derecho societario.

En efecto, por un lado se acentuó el carácter imperativo de los preceptos estructurales específicos de las figuras sociales, pero al mismo tiempo no cedía en ritmo parejo la facultad contractual de apartarse de la regulación dada para el funcionamiento de las mismas <sup>(7)</sup>.

Ahora bien, las normas imperativas que hacen a la tipicidad societaria o a la estructura societaria en general o a los derechos intangibles los socios, no son de orden público.

En efecto. El contrato de sociedad rige las relaciones internas entre los socios y la del ente con los terceros, en definitiva relaciones todas entre particulares donde no se ven afectados principios de orden superior que hagan a la subsistencia de la organización social establecida <sup>(8)</sup>.

Por lo tanto en el ordenamiento societario encontramos solamente normas imperativas pero no de orden público, además de las normas permisivas o de habilitación.

Como el lector puede apreciar, somos de la posición que las normas de orden público son una especie dentro del género de las normas imperativas, como lo sugiere la comparación del art. 18 del Código Civil con el art. 21 del mismo texto legal <sup>(9)</sup>.

(7) Colombres, Gervasio R.: Ob. Cit. pág. 85.

(8) Llambías, Jorge J.: "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", Tomo I, pág. 158 y 163, Ed. Perrot, Buenos Aires 1967: "Se denomina orden público al conjunto de principios eminentes, religiosos, morales, políticos y económicos a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida"; Salvat, R.: "Tratado de Derecho Civil", Parte General Tomo I, pág. 245, Buenos Aires 1964: "La noción de orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida".

(9) Conf.: Belluscio, Augusto César y otros: "Código Civil, Comentado, Anotado y

El orden público es causa, la imperatividad efecto y nada obsta para que una ley que solo protege el interés individual sea imperativa <sup>(10)</sup>.

Para nosotros la noción de orden público, siguiendo a Baudry-Lacantinerie, sería el conjunto de ideas sociales, políticas, morales, económicas y religiosas a veces, a cuya conservación una sociedad cree ligada su existencia. Existen entonces principios de orden superior, extrajurídicos, que determinan el sentido de la legislación de un país. Estos principios son esencialmente mutables <sup>(11)</sup>.

No debe tampoco generarse confusión respecto del interés general o público que existe en la actividad desarrollada por determinadas sociedades, como los bancos o compañías de seguros, sosteniéndose con tal fundamento que las estructuras contractuales de dichas sociedades y las relaciones internas de los accionistas son de orden público.

El interés general comprometido en la actividad bancaria o de seguros, ha generado la existencia de órganos de control estatales que las fiscalizan, como el Banco Central y la Superintendencia de Seguros, pero de esto no puede concluirse que dichas sociedades -o mejor dicho- que su normativa societaria pueda calificarse como de orden público. No existe una mutación, la sociedad anónima banco está constituida por particulares al igual que cualquier otra sociedad y desarrolla una actividad privada, solo que por el carácter de la misma y su incidencia en la economía del país, está sujeta a controles y reglas específicas <sup>(12)</sup>.

A su vez las sociedades que efectúan oferta pública de sus acciones y obligaciones, están sometidas a una fiscalización específica por parte de la Comisión Nacional de Valores, fundamentalmente dirigida a controlar la información destinada al público inversor y a obtener un mercado transparente.

La disposición del art. 299 de la Ley Nº 19.550 a nuestro juicio es sobreabundante, pues existiendo organismos específicos de control que fiscalizan a estas sociedades como la Comisión Nacional de Valores, el Banco Central, la Superintendencia de Seguros de la Nación, etc., se torna innecesaria esta clasificación, al menos desde el aspecto del interés general.

El art. 299 tendría sí relevancia para fijar pautas que sirvieran para distinguir la gran sociedad anónima, la sociedad abierta, de la cerrada o familiar.

No compartimos, por lo que venimos relacionando, la opinión de aquellos

Concordado", Tomo I, pág. 105, Ed. Astrea, Buenos Aires 1978.

(10) Conf.: Belluscio, Augusto César y otros: Op. Cit. pág. 106.

(11) Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade: 2da. ed. 1902, T. I, pág. 231.

(12) Conf. Matta y Trejo, Guillermo E.: "El control estatal de la actividad financiera", Rev. Derecho Empresario Nº 55, octubre 1978, pág. 30: "Cuando sea eficaz para lograr el bien de la comunidad, la actividad privada deberá desenvolverse en un ámbito de total libertad. Cuando pueda representar un eventual riesgo al bienestar general, el Estado deberá reglamentar y supervisar el ejercicio de la actividad. Este es el caso de la actividad financiera".

que sostienen que todas las disposiciones que rigen la constitución, capacidad, funcionamiento y liquidación de las personas jurídicas son de orden público. Dichas normas son imperativas y como tales no pueden ser desconocidas o derogadas por los particulares. La sociedad constituida en prescindencia de alguno de los datos normativos que la tipifican como negocio jurídico, no determinará una imputabilidad específica o de segundo grado sino una imputabilidad simple.

Los particulares que no se ajusten a las normas imperativas que rigen el contrato de sociedad, no gozarán de los beneficios que el cumplimiento regular de las mismas genera; entre otros, la limitación de la responsabilidad al monto de lo aportado en unos tipos, la subsidiariedad en otros, etc. <sup>(13)</sup>.

La posición que hemos desarrollado nos lleva necesariamente a otra conclusión: no existen derechos irrenunciables de los socios o accionistas.

En efecto, sólo los derechos conferidos por normas de orden público son irrenunciables. Debe admitirse en consecuencia la renuncia a derechos patrimoniales de los accionistas <sup>(14)</sup>.

Los derechos de los socios o accionistas surgen en algunos casos de normas imperativas legales y en otros de normas imperativas convencionales, pero nunca de normas de orden público, pues no vemos cómo puede afectarse el mismo al violarse el derecho de preferencia a un accionista o distribuirse o capitalizarse reservas entre los socios en una forma distinta a la proporción que poseen en el capital social.

Son derechos irrenunciables aquellos que se otorgan en interés de un tercero, también se llaman potestativos por tal razón, pero ese no es el caso de los derechos patrimoniales de los accionistas, como tampoco lo es el del derecho de voto <sup>(15)</sup>.

Los derechos de los accionistas son derechos instituidos en beneficio del

(13) Colombres, Gervasio R.: Op. Cit. pág. 52 "La sociedad constituida dentro de los datos normativos que la configuran pero que en la actividad posterior omitiera alguno de ellos, determinará según el caso una inaplicabilidad de la normativa societaria de alcances específicos o de alcances generales".

(14) Llambías, J.J.: "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", Tomo III pág. 157, Ed. Perrot, Buenos Aires 1967: "Son renunciables los derechos instituidos en beneficio del interés particular. Son irrenunciables los derechos instituidos en resguardo del orden público. En caso de duda acerca de la finalidad de su institución ha de estimarse que el derecho es renunciable".

(15) Alborch Bataller, Carmen: "El derecho de voto del accionista", Ed. Tecnos, Madrid, pág. 95: "A pesar de las diferencias existentes entre las distintas tendencias institucionalistas, todas ellas coinciden, como hemos dicho anteriormente, en la atribución de la titularidad del interés social a sujeto o sujetos distintos del accionista: la empresa, la sociedad como persona jurídica, la colectividad, etc. Por tanto, si el interés digno de tutela, el interés social no es el interés del accionista y consecuentemente el voto no es atribuido al accionista para la consecución de un interés personal, sino de interés superior y distinto, cuya realización deberá perseguir en su ejercicio, puesto que el ordenamiento jurídico se lo retribuye con esta finalidad, el voto no podrá ser considerado como un derecho, sino como una potestad, es decir como ejercicio de un poder para la consecución de "un interés ajeno".

interés particular de su titular. La concepción del derecho subjetivo como un orden de conducta regulado por la libertad personal para la consecución de fines humanos dignos, desemboca en la posibilidad de que el titular haga abandono de las prerrogativas que le corresponden en lo que juega eminentemente su libertad.

Una cosa es sostener que los derechos individuales de los accionistas son indisponibles por aplicación del principio mayoritario, lo que es correcto, y otra muy distinta es sostener que tales derechos son irrenunciables o de orden público.

Modernamente la doctrina ha reaccionado contra la tendencia tradicional de considerar derechos irrenunciables a todos aquellos que emanan de las bases esenciales del contrato de sociedad. Con laudable prudencia se opta por ver en aquellos una mera irradiación de las limitaciones generales al poder de la mayoría.

Sí importa destacar que los términos individualidad, inderogabilidad e irrenunciabilidad distan de ser sinónimos: Los derechos inderogables no siempre son irrenunciables <sup>(16)</sup>.

Las decimonónicas teorías que sostenían que el voto se otorgaba a los accionistas a los efectos de la tutela de un interés extraño a los mismos, el interés social, están hoy totalmente superadas por la realidad <sup>(17)</sup>.

El derecho societario se ha visto influenciado a lo largo de su existencia por posiciones utópicas, teóricas, totalmente alejadas de la realidad del mundo de los negocios, muchas veces empapadas de ideologías colectivizantes como es el caso de la teoría de la institución. Esta ha atribuido al voto la naturaleza jurídica de una potestad concedida al socio para la tutela de un interés ajeno.

El voto es un derecho subjetivo de los accionistas que se otorga a los mismos para que éstos tutelén su interés individual en el marco del interés que tienen los restantes partícipes en el desarrollo de la actividad común <sup>(18)</sup>.

La norma de abstenerse de votar en los supuestos de conflicto de interés, no está tutelando un interés extraño al del socio sino que impone una suerte de deber

(16) Conf. Bérnago, Alejandro: "Sociedades Anónimas", Tomo I, pág. 255, Madrid 1970.

(17) Donati, Antígono: "Sociedades Anónimas", México 1939, pág. 170: "Entre los derechos legales inderogables por la asamblea son, a mi juicio, irrenunciables por cada socio los concedidos por una norma coactiva en interés general o social que constituyen un elemento social del contrato de sociedad"; Brunetti, Antonio: "Tratado del Derecho de las Sociedades", Tomo II, pág. 526/527, Ed. Uteha, Bs. As. 1960, citando a Ferri, "La tutela delle minoranze nelle società per azioni", Dir. Prat. Comm. 1932, pág. 23: "Los derechos individuales son esenciales en el contrato de sociedad porque son en interés de la misma, no pueden ser suprimidos por un acuerdo de asamblea, ni pueden ser renunciados por su titular". Citando a Ascarelli: "La voluntad de votar por cuanto ayuda indudablemente al socio en la tutela de su interés individual, es reconocida por la ley en vista del interés social, el socio aunque esté movido por su interés personal, funciona como órgano social. La tutela del interés individual del socio es concebida por la ley como un reflejo, una consecuencia de la tutela del interés social".

(18) Alborch Bataller, Carmen: "El derecho de voto del accionista", Ed. Tecnos, Madrid, Op. Cit., pág. 125: "Por el contrario las teorías contractualistas de acuerdo con sus premisas básicas han

de fidelidad. Girón estima que el principio de fidelidad puede generalizarse a la vista de la regla de la buena fe que preside la contratación mercantil y de las particulares normas que acentúan su aplicación a la sociedad anónima <sup>(19)</sup>.

Por ello el voto puede ser cedido a terceros no accionistas, se puede renunciar a votar y pueden existir acciones sin derecho a voto porque este último no es un derecho esencial del accionista, tal como lo han reconocido varias legislaciones, entre ellas la nuestra.

Si se concluyera lo contrario la ley no debería permitir el voto por representante, se debería obligar a los accionistas a concurrir a las asambleas para emitir su voto personalmente, no se debería permitir el ejercicio del voto por parte del usufructuario, se debería prohibir expresamente el voto del acreedor prendario, etc.

Sostener que el derecho de voto es inescindible del título acción es uno de esos "sinsentidos" tan comunes de observar en la ciencia jurídica contemporánea y que acaso por ser tal, pocos se atreven a acometer. Mi pretensión servirá para hacer notar cómo también la ciencia del derecho suele tener sus mitos a semejanza de las simples creencias populares y como muchos de sus postulados bajo una aparente presunción de cientificidad resultan en último análisis, la mera aplicación irreflexiva de preconceptos heredados.

#### **IV. EL ART. 251 DE LA LEY Nº 19.550. NUESTRA PROPUESTA INTERPRETATIVA**

Por todo lo desarrollado en el capítulo precedente consideramos que cuando el art. 251 de la Ley Nº 19.550 establece que las decisiones violatorias a las disposiciones de la ley pueden ser impugnadas de nulidad está incluyendo a todas, inclusive las normas imperativas que hacen a la estructura o tipología societaria y establecen los derechos inderogables de los accionistas.

Sólo quedarían excluidas del artículo precitado las decisiones asamblearias violatorias del orden público, entendiendo como tales aquellas resoluciones que afecten las normas básicas de la organización del Estado, la moral y las buenas costumbres.

Ninguna decisión que afecte derechos de los particulares regulados imperativamente por el ordenamiento societario, el estatuto o el reglamento puede ser considerada como nula de nulidad absoluta, pues es evidente que afectando derechos de socios o accionistas la nulidad será relativa.

concebido el voto como un derecho subjetivo puro o derecho subjetivo colectivo, es decir, como un poder concedido al accionista como titular de un interés propio".

(19) Girón Tena, J.: "Derecho de Sociedades Anónimas", pág. 199, Valladolid 1952.