

IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES ASAMBLEARIAS VIOLATORIAS DE NORMAS DE ORDEN PÚBLICO Y DE NORMAS IMPERATIVAS: UNA IMPRESCINDIBLE DISTINCIÓN

Rafael Mariano Manóvil

1. La razón de un régimen especial de impugnación de resoluciones assemblearias estriba en que el conflicto de que se trata es intrasubjetivo y orgánico mientras que las nulidades del derecho común se refieren exclusivamente a las relaciones intersubjetivas.

2. Del régimen de los Arts. 251 y sigtes. de la Ley de Sociedades está excluida la impugnación de resoluciones cuyo contenido, por ser contrario al orden público, genera una nulidad absoluta.

3. Pero el orden público es solamente el que hace a los principios fundamentales establecidos por el Estado para la convivencia social. Por lo tanto, las normas establecidas para protegerlo no deben ser confundidas con las normas imperativas, inderogables o indisponibles, destinadas a la protección de derechos e intereses individuales. Por ello, su violación en casos concretos no configura una nulidad absoluta.

4. La inderogabilidad e indisponibilidad contractual de las normas imperativas impide la renuncia in abstracto a la protección de las mismas. Pero ante una resolución assemblearia que fuere contraria a una norma imperativa, surge un derecho concreto a hacer valer aquella protección. Este derecho es disponible por el sujeto protegido: está en juego únicamente su particular interés referido al caso concreto y podría renunciarlo o transar sobre él. Por lo tanto, para ejercerlo es legítimo y lógico que la Ley disponga que tiene la carga de hacerlo conforme a su régimen (Arts. 251 y sigtes.) y antes de expirar el plazo de caducidad que ella fija.

5. Cuando la resolución está destinada a producir efectos fuera de la sociedad y afecta derechos de personas colocadas en condición de terceros respecto de ella

(aunque sea accionista o integrante de un órgano, como cuando la asamblea niega remuneración a un director o a un síndico), se está en el plano de las relaciones intersubjetivas. En tal caso no rige el régimen de impugnación de la Ley porque de lo que se trata es de un conflicto entre el sujeto "sociedad" y el tercero.

6. La resolución asamblearia que establece una regla abstracta y general para el futuro (v.gr. una reforma estatutaria) contraria a una norma imperativa, puede ser impugnada por el régimen del Art. 251 o conforme al derecho común. En todo caso, nunca quedará convalidada y toda resolución asamblearia futura que pretenda aplicarla podrá también ser impugnada, en su momento, conforme a los Arts. 251 y sigtes.

I.- BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

El régimen establecido en el art. 251 de la Ley de Sociedades trata de la impugnabilidad de las resoluciones asamblearias por violación de la ley, del estatuto o del reglamento. Su fuente principal, como lo señala Halperín⁽¹⁾, es el Código Civil italiano de 1942 en sus arts. 2377 a 2379. Por ello resulta interesante efectuar un somero análisis de éstos, así como de alguna otra legislación comparada, para mostrar que, en general, se ha establecido un régimen por lo menos dual para atacar los vicios de los acuerdos asamblearios.

a. Italia

El art. 2377 establece que "las deliberaciones que no son adoptadas de conformidad a la ley o al acto constitutivo, pueden ser impugnadas por los administradores, los síndicos y los socios ausentes o disidentes, y los de la asamblea ordinaria también por los socios con derecho de voto limitado, dentro de los tres meses de la fecha de la deliberación; empero, si ésta está sujeta a inscripción en el registro de las empresas, dentro de los tres meses de la inscripción" (segundo párrafo del art. citado).

Pero el art. 2379 estatuye que "a las deliberaciones nulas por imposibilidad o ilicitud del objeto, se le aplican las disposiciones de los Artículos 1421, 1422 y 1423". Estas últimas normas se refieren a la nulidad, y disponen que "la nulidad puede ser hecha valer por cualquiera que tenga interés y puede ser declarada de oficio por el juez" (art. 1421), que "la acción... no está sujeta a prescripción..." (art. 1422), y que el acto "nulo no puede ser convalidado si la ley no dispone diversamente" (art. 1423).

Esto significa que en Italia coexisten dos regímenes con efectos bien

(1) Halperín, I., *Sociedades Anónimas*, págs. 638/9.

diversos, aunque, se discute qué casos se incluyen en cada categoría. En rigor, en la mayor parte del derecho comparado se efectúan distinciones similares.

b. Alemania

Así, en la ley alemana de sociedades por acciones de 1965 no sólo se distinguen nítidamente la nulidad (Nichtigkeit) de la impugnabilidad (Anfechtbarkeit), sino que se enumeran específicamente los casos de una y otra.

El Art. 241 establece los siguientes casos de nulidad:

a) Violación de las normas relativas a los aumentos de capital condicionales (regulados en el Art. 192, inc. 4º).

b) Violación de la obligación de asignar las acciones producto de la capitalización de utilidades a los accionistas en proporción a sus tenencias (Art. 212).

c) Violación del régimen de aumento de capital con derecho a participación retroactiva en las utilidades (Art. 217, inc. 2º).

d) Violación del régimen de inscripción de la reducción de capital ordinaria, simplificada y de reducción y aumento simultáneos (Arts. 228, inc. 2º, 234, inc. 3º y 235, inc. 2º).

e) Resoluciones adoptadas en asambleas con defectos en la convocatoria, salvo que hubieran concurrido la totalidad de los accionistas.

f) Resoluciones que no consten en actas conforme a la ley.

g) Resoluciones "que sean incompatibles con la esencia de la sociedad anónima o que por su contenido lesionen disposiciones inexistentes exclusiva o predominantemente en protección de los acreedores sociales o del interés público" (Art. 241, inc. 3º).

h) Resoluciones que, por su contenido, sean contrarias a las buenas costumbres (Art. 241, inc. 4º).

i) Las que a raíz de una demanda de impugnación hubieran sido declaradas nulas por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (Art. 241, inc. 5º).

La nulidad no puede ser invocada, en el caso e) después de la inscripción en el Registro de Comercio. Y las de los casos d), f) y g) después de tres años de esa inscripción (Art. 242). Pero en estos últimos supuestos, el Tribunal de Registro puede producir la cancelación de la inscripción de oficio, sin sujeción al límite de tres años "si, por su contenido (la resolución asamblearia), lesiona normas imperativas de la ley y su apartamiento aparece necesario en interés público" (Art. 144, inc. 2º de la ley sobre jurisdicción voluntaria).

En cambio, conforme al Art. 243, son impugnables las resoluciones que violen la ley o el estatuto y aquellas en las cuales "un accionista, mediante el ejercicio del derecho de voto, hubiera perseguido para sí o para un tercero ventajas

especiales en perjuicio de la sociedad o de los otros accionistas, siempre que la resolución fuera apta para alcanzar ese fin", y salvo que se hubiera previsto una indemnización adecuada.

Las resoluciones impugnables pueden ser confirmadas (Art. 244), la legitimación es otorgada a los accionistas que votaron en contra o cuya asistencia hubiere sido impedida, al directorio, a los directores y consejeros de vigilancia a título individual, si de la resolución les puede derivar responsabilidad (Art. 245) y la demanda debe ser presentada dentro del mes de la resolución (Art. 246).

Por otra parte, se regulan los casos de nulidad (Art. 250) y de impugnabilidad (Art. 251) de la elección de los miembros del consejo de vigilancia, de nulidad (Art. 253) y de impugnabilidad (Art. 254) de las resoluciones relativas al destino de las utilidades, la impugnabilidad de los aumentos de capital con aportes (Art. 255) - entre otros supuestos, para el caso en que "el derecho de preferencia de los accionistas hubiere sido suspendido total o parcialmente" y se funde en que el monto por el que se han de suscribir las nuevas acciones sea desproporcionadamente bajo- y de nulidad (Art. 256) y de impugnabilidad del balance, todo ello con remisión a los plazos, procedimientos y efectos establecidos en general.

c. España

También en la ley española de sociedades anónimas de 1951 -que cito porque fue antecedente tenido en cuenta por nuestro legislador- se insinuaba una diferenciación, aunque no con igual nitidez. Su Art. 67 establecía que "podrán ser impugnados... los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. La sentencia que estime la acción producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos de buena fe por los terceros a consecuencia del acuerdo impugnado". El Art. 68, por su parte, para ejercitar la acción fijaba un plazo de cuarenta días a partir de la fecha del acuerdo, salvo que éste fuere objeto de inscripción en el Registro, en cuyo caso se podía ejercitar hasta un mes después de la inscripción. Pero, y aquí la diferenciación, "no quedan sometidos a estos plazos de caducidad las acciones de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley, que podrán ejercitarse pasados esos plazos por el procedimiento del juicio declarativo ordinario" (Art. 68, segundo párrafo).

La nueva ley de 1989, Art. 115, mantiene dos regímenes diferentes: el de los acuerdos nulos, que son los contrarios a la ley, y el de los acuerdos anulables, que son aquellos contrarios al estatuto o los que "lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad". La acción para impugnar los acuerdos nulos puede ser intentada por cualquier accionista o administrador y por cualquier tercero que acredite interés legítimo (art. 117-1), y caduca en el plazo

de un año. Esto último con excepción de "los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público" (art. 116-1) ⁽²⁾. En cambio, la legitimación para impugnar los acuerdos anulables corresponde solamente a accionistas ausentes, accionistas que hubieren votado en contra y, además, hubiesen hecho constar en acta su oposición, o los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, y a los administradores (Art. 117-2). Esta acción caduca a los cuarenta días (art. 116-2).

d. Francia

La ley francesa de 1966, que en su Art. 173 establece casos específicos de nulidad de resoluciones asamblearias, fija una prescripción de tres años para el ejercicio de la acción pertinente (art. 367), pero la reduce a seis meses para ciertos casos -vicios del consentimiento o incapacidad de un socio-.

e. Méjico

En Méjico, al lado del derecho específico a oposición a las resoluciones asamblearias que el art. 201 de la ley general de sociedades mercantiles de 1933 concede a accionistas que representen el 33% del capital social que hubieren votado en contra o hubieren estado ausentes, ello para los supuestos de violación de los preceptos legales y siempre que se ejerza dentro de los quince días de la clausura de la asamblea, la legislación reconoce las acciones de nulidad del derecho común.

II. PRECISIONES SOBRE EL ORDEN PÚBLICO Y LA NULIDAD ABSOLUTA

El repaso anterior tiende a procurar pautas para un análisis que permita decidir si en nuestro derecho -en el cual la ley societaria no formula distinciones de las que acabo de citar- también existen dos posibles acciones para atacar la validez de las resoluciones asamblearias: la de los arts. 251 y sigtes. de la Ley, y otra de derecho común, por aplicación del régimen general de las nulidades del C. Civil.

Hay autores que así lo afirman en forma rotunda, como Farina ⁽³⁾ y Otaegui ⁽⁴⁾, especialmente sobre la base de la distinción entre nulidades absolutas y relativas, porque con relación a las primeras rigen los principios de imprescriptibilidad

(2) Con lo que, en realidad, se estatuye un tercer régimen de nulidad.

(3) Farina, J.M., Tratado de Sociedades Comerciales, T. II-B, pág. 298.

(4) Otaegui, J.C., Invalidez de actos societarios, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1978, pág. 395. También en los Cuadernos de Derecho Societario con Zaldívar, Ragazzi y Rovira dejamos a salvo la no caducidad de decisiones violatorias del orden público (Vol. III, Abeledo Perrot, 2a. Edición, Nº 43.4.1.3., pags. 491/2).

-y, por lógica, no caducidad- e inconfirmabilidad, la legitimación es otorgada en general a cualquier interesado en promover su declaración, y existe la facultad judicial para declararla de oficio. Todo lo cual resulta incompatible con el plazo de caducidad del art. 251 y con el sistema normado por éste.

No debe olvidarse, a este respecto, que, en su redacción primitiva, el Art. 251 otorgaba legitimación para ejercer la acción también a los accionistas que habían votado favorablemente la resolución cuando "la norma violada es de orden público". Aparentemente esa redacción hacía referencia precisamente a las nulidades absolutas, que son, en derecho común, la consecuencia de la violación de normas de orden público. Pero esa interpretación chocaba contra los principios generales de imprescriptibilidad e inconfirmabilidad de las nulidades absolutas, así como contra el Art. 1047 del Cód. Civ., que veda la acción al agente responsable del acto viciado de nulidad absoluta.

La primera de estas observaciones hizo que la doctrina sostuviera -como ya se señaló- que, de todos modos, las resoluciones viciadas por una nulidad absoluta eran imprescriptibles e inconfirmables, o sea, no estaban alcanzadas por el plazo de caducidad del Art. 251⁽⁵⁾. Y aunque algún sector de la doctrina entendió que todo cuanto hacía la Ley era ampliar la legitimación restringida por el Art. 1047 del Cód. Civ., sin alterar la naturaleza imprescriptible de la acción de nulidad absoluta, otra parte de los autores señaló que cuando la Ley utilizaba los términos "orden público", en realidad hacía referencia a las normas imperativas de la Ley y no al orden público propiamente dicho. Si bien en la Exposición de Motivos de la ley 22.903 no se dio explicación alguna, no resulta difícil concluir que fueron esas vacilaciones interpretativas las que determinaron al legislador a suprimir esa última parte del primer párrafo del Art. 251.

En todo caso, es necesario delimitar cuál es el alcance de esas nulidades absolutas que quedan excluidas del régimen de impugnabilidad citado.

1. El por qué de un régimen apartado del de derecho común.

Como principio, deberá partirse de que, como señala Halperín, "la nulidad de las deliberaciones y decisiones asamblearias obedece a un régimen especial que se aparta del establecido por el Código Civil, máxime en nuestro derecho, en el que el Código Civil regula la nulidad del acto jurídico en general sin prever el acto jurídico colegial"⁽⁶⁾.

(5) Así, entre otros, Otaegui, J.C., *Invalidez...*, págs. 417/421; Romero, J.I., Escuti, I.A. y Richard, E.H., *Inaplicabilidad del plazo de impugnación del Art. 251, L.S.*, a ciertas resoluciones asamblearias, en el 1er. Congreso de Derecho Societario, La Cumbre, 1977, Ed. Depalma, T. II., pág. 195, y también Zaldívar, Ragazzi, Rovira y el suscripto en *Cuadernos...*, Vol. III, págs. 491/2 (edición 1983).

(6) Halperín, I., *Sociedades Anónimas*, pág. 639. Además, "el acto colegial es un acto único formado de la fusión de las declaraciones de los miembros de un solo órgano" (Vaselli, M., *Deliberazioni*

Sobre esto último es bueno recordar la aguda observación de Ferri, en cuanto no puede dejar de tenerse en cuenta "que la deliberación de la asamblea es un acto interno de la sociedad, es decir un acto dirigido a regular las relaciones *intrasubjetivas*, es decir la posición de los socios y de los órganos sociales. Dada tal naturaleza, es claro que no son concebibles aquellas hipótesis de nulidad que presuponen ontológicamente una relación intersubjetiva, como la falta o la ilicitud de la causa, o la ilicitud de los motivos cuando son jurídicamente relevantes, o incluso la falta del acuerdo de las partes"⁽⁷⁾ (el subrayado es mío).

La naturaleza colegial e interna -en otras palabras, orgánica- de la resolución asamblearia, determina que esa expresión de voluntad solamente pueda ser alterada, corregida o subsanada por otro acto del mismo órgano social, con total independencia de las personas que ocasionalmente lo integren, ya sea en la primera cuanto en la segunda oportunidad. Es intrascendente, en consecuencia, la participación en el nuevo acto de quienes hubieren tenido intervención en el primero, y no sería posible, por ejemplo, una subsanación obtenida fuera de la asamblea por la adhesión de socios que completen una mayoría no alcanzada en el seno de la misma⁽⁸⁾. Este tipo de consideraciones ha hecho también que Candian sostuviera que las nulidades asamblearias debían ser asimiladas a las nulidades del acto administrativo⁽⁹⁾, tesis resistida por la doctrina.

Desde otra perspectiva, cabe consignar la opinión de Galgano, quien luego de explicar que la acción de anulabilidad del Art. 2377 del Cód. Civ. italiano incluye los casos de violación de normas imperativas de la ley -con la sola excepción de la nulidad del Art. 2379, referido a los casos de objeto ilícito o imposible- califica la solución legal como de una conversión de nulidad en anulabilidad, y afirma que "el interés protegido es el interés de la mayoría asamblearia a la estabilidad de las propias deliberaciones; el interés que las deliberaciones asamblearias aun aquellas contrarias a normas imperativas- no sean expuestas a perpetuidad a la acción de nulidad de cualquier interesado y permanezcan, en

nulle e annullabili de la società per azioni, Ed. Milani, Padua, 1947, pág. 17), quien agrega que el acto colegial se distingue del acto complejo y del acto colectivo porque en éstos "los participantes quieren un único y determinado acto, mientras en la deliberación algunos socios pueden ser contrarios a la voluntad de la mayoría. En fin, los actos complejos y los actos colectivos, a ciertos fines determinados, pueden ser considerados por los terceros como escindidos en varios actos que lo forman, mientras la deliberación se presenta siempre como un acto unitario" (loc. cit.).

(7) Ferri, G., *Le società*, pág. 458.

(8) Por este motivo es correcta la ponencia de M.O. Kenny en el III Congreso de Derecho Societario de Salta (1982), en el sentido de la "imposibilidad de ratificar lo actuado por el falsus procurator de la asamblea", como titula su trabajo.

(9) Candian, *Nullità e annullabilità di deliberazioni di assemblee delle società per azioni*, Milán, 1942, Giuffrè, págs. 89 y sigtes.

consecuencia, en una condición de perenne incertidumbre. Y, si se consideran las subyacentes relaciones económico-sociales, (se protegen) los intereses de la clase empresaria: el código civil no hesita, en este como en tantos otros casos, en derogar las normas de derecho común cuando la aplicación de estas normas se traduciría en embarazo a la actividad empresaria, en un obstáculo a su eficiencia"⁽¹⁰⁾. Niega, en cambio, que el propósito de la ley sea la protección de los terceros, a la cual considera "sólo el trámite intermedio de una protección que tiene como objeto final los intereses de la sociedad"⁽¹¹⁾

En suma, de las consideraciones efectuadas puede concluirse que:

a. La Ley, siguiendo esencialmente el sistema italiano, dispuso un régimen de impugnación específico para las resoluciones asamblearias, teniendo en mira su carácter interno, intrasocietario, y el modo colegial y orgánico de formar la voluntad social que implica.

b. Por eso se apartó de las normas del derecho común, para establecer un mecanismo que fuera idóneo para la protección de los interesados en la impugnación -todos vinculados internamente a la sociedad, excepto la autoridad de contralor, la cual, sin embargo, cumple una actividad fiscalizadora estrechamente vinculada a los mismos-; ello teniendo en cuenta, también, el interés de la sociedad en la estabilidad de sus actos internos, y no menos el interés general a través del valor seguridad jurídica.

c. Esto es lo que justifica un plazo exiguo de caducidad para ejercer la acción de impugnación.

d. Y por estas mismas razones incluyó en su régimen todos los casos sin distinción, incluso aquellos que, como lo dice expresamente el propio Art. 251, se furdan en la violación de la ley.

Resulta casi obvio que esto último comprende fundamentalmente aquellos supuestos que podrían aparecer como más apartados de una caducidad breve, o sea la violación de las normas legales imperativas. Porque las normas dispositivas, como su nombre lo indica, pueden, justamente, ser dispuestas por los interesados y rara vez apartarse de ellas dará motivo a impugnaciones.

De este contexto solamente puede excluirse el caso de una resolución cuyo contenido comporte una violación del orden público, lo que dará lugar a una nulidad absoluta según el derecho común ⁽¹²⁾. Es decir que *todos los supuestos que*

(10) Galgano, F., *Le società per azioni*, pág. 118.

(11) Galgano, F., *Le società per azioni*, pág. 118.

(12) Permitaseme plantear el tema del modo que lo hago en el texto, dejando de lado la discusión doctrinaria sobre si es la violación del orden público la que engendra una nulidad absoluta, o si es la sanción de nulidad la que responde a una razón de orden público, de interés social o general. Véase a este respecto la nota 17.

el derecho común califica de nulidades relativas se rigen por las disposiciones de los Arts. 251 y sigtes. de la Ley ⁽¹³⁾.

2. Cuál es el "orden público" cuya violación está excluida del régimen.

En cuanto a la hipótesis de violación del orden público, deben formularse precisiones para definir estrictamente la esfera que abarca y no caer en la utilización indiscriminada y contraria a derecho del término, y en la consecuente calificación de absoluta de la nulidad que pueda hallarse en juego.

A tal efecto debe recordarse que las normas jurídicas pueden agruparse en tres categorías: dispositivas, imperativas y de orden público. Estas últimas son las que inspiran el mantenimiento de la organización social, la moral, las buenas costumbres y las instituciones fundamentales del derecho privado ⁽¹⁴⁾. Sólo frente a la violación de una norma de orden público con los rasgos señalados se yerguen las nulidades absolutas, imprescriptibles y no confirmables.

Como bien ha señalado la jurisprudencia, "el orden público reúne el conjunto de condiciones fundamentales en la vida social instituidas en la comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos" ⁽¹⁵⁾. Se agregó allí que "los magistrados deben aplicar las leyes de orden público, aún no invocadas por las partes, pues los beneficios que ellas otorgan son irrenunciables". Como dice Otaegui, "el orden público hace a los valores permanentes de un Estado" ⁽¹⁶⁾. Y sólo la violación de las normas de orden público -así entendido, es decir, las que protegen la organización social, la moral, las buenas costumbres y las instituciones fundamentales del Estado- producen nulidades que tienen carácter de absolutas.

III.- CÓMO DEBE SER TRATADA LA VIOLACIÓN A UNA NORMA IMPERATIVA

1. Norma "imperativa" como diferente de norma "de orden público": su fundamento es la protección de derechos individuales.

Las normas de orden público no deben ser confundidas con las normas imperativas, especie ésta que abunda en la legislación societaria, particularmente en cuanto establecen la inderogabilidad por vía contractual o estatutaria de varias

(13) Para las dificultades doctrinarias en aceptar un tal sistema en el derecho italiano, donde a toda costa se procura una interpretación extensiva del Art. 2379 del Cód. Civ. a fin de ampliar el espectro de las nulidades absolutas, véase Graziani, A., *Diritto delle Società*, págs. 353/6, quien coincide con nuestra posición y demuestra que la génesis de la norma en Italia acude en apoyo de la tesis que exponemos.

(14) Llambías, J.J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General, T. I.* págs. 150 y 155.

(15) CNCiv., Sala C, 26.8.80, L.L. 1981-A, pág. 243.

(16) Otaegui, J.C., *Invalidez...*, pág. 122.

de sus disposiciones -vgr. sobre quórum, mayorías, voto acumulativo, derecho de preferencia. etc.

Estas normas, con ser imperativas, e incluso de la esencia del ordenamiento societario, no afectan, sin embargo, el orden público. Si un contrato social o un estatuto intentara derogarlas, tal disposición será nula por ser contraria a una ley imperativa. Pero la inderogabilidad no tiende a la satisfacción de un interés general, sino a la protección de los derechos individuales que están comprometidos en cada caso.

Por ello, mientras se trate de una situación tuitiva dirigida a sujetos indeterminados, la norma es imperativa y no puede ser derogada. Pero en el momento que la asamblea adopta una resolución, esas normas imperativas o inderogables se convierten en el modo de protección del derecho individual concreto del o de los accionistas que puedan verse afectados. Y ese derecho concreto puede ser libremente dispuesto por cada uno; puede ejercerlo, pero no está obligado a ejercerlo. Nadie lo constriñe a una impugnación por su eventual violación, ni le impide transar sobre la misma. Es obvio que no está en juego la organización social, ni la moral, ni las instituciones fundamentales del Estado. Por ello, nunca un juez decretará una nulidad en estos casos si no media pedido de parte. Tampoco aplicaría ninguna de aquellas normas de oficio ⁽¹⁷⁾.

La jurisprudencia ha hecho aplicación de estos conceptos. Así, aún reconociendo que "si la violación por parte de una decisión asamblearia se refiere al orden público, la acción de nulidad es imprescriptible, debiendo entenderse no taxativa la enumeración del Art. 4019 del Cód. Civ.", frente a una de las normas imperativas de la Ley, como lo es el Art. 261, se resolvió que "no siendo dicho artículo una norma de orden público, queda alcanzado el derecho a impugnar su violación por el plazo de caducidad de seis meses previsto legalmente" ⁽¹⁸⁾. Y agregó que la autoridad de control no puede actuar de oficio ante el incumplimiento de la prohibición que menta el Art. 261 de la ley de sociedades, ya que, al no tratarse de

(17) Fortalece la tesis expuesta lo que se dice en el Código Civil Comentado bajo la dirección de Belluscio y coordinado por Zannoni: "frente a la mayoría de los autores y algunos fallos judiciales que caracterizan la nulidad absoluta como aquella que transgrede las leyes de orden público, otros han señalado que el orden público a que se refieren no es el de la ley o norma violada por el acto, sino que es la sanción de nulidad a la que obedece a una razón de orden público, de interés general o social; o bien, que hay nulidad absoluta cuando está protegido inmediatamente el interés público y de modo mediato el interés privado, mientras que hay nulidad relativa cuando está protegido inmediatamente el interés privado y mediatamente el interés público" (con cita de Boffi Boggero, en Volumen 4, pág. 715). Sin embargo, en contra, Halperín, I., *Sociedades Anónimas*, pág. 641/2, quien incluye entre las nulidades absolutas las violaciones a las normas legales imperativas. No así Cottino, G., quien señala que "cualquiera sea la violación de la ley, incluso de normas imperativas, determina la anulabilidad de la deliberación" -esto como contrapuesto a la nulidad del Art. 2379 del Cód. Civ. italiano- (*La società per azioni*, Unione Tipografico-Editrice, Turín, 1972., pág. 129).

(18) CN Com., Sala A, 5.10.79, Sporetti, N. c/ F. González e Hijos, ED, T. 85, pág. 525.

la acción de nulidad absoluta, inconfirmable e imprescriptible del Cód. Civil, no tiene legitimación para actuar ni en base a las normas de derecho de fondo ni procesalmente.

Aún frente a una situación respecto de la que incluso la norma legal calificaba la nulidad de absoluta, como lo era la contratación del director con la sociedad en el régimen del Código de Comercio, en un fallo se dijo que “en el caso del Art. 338 del Cód. de Com. resulta imposible percibir en qué se vulnera el orden público o qué intereses aparte de los meramente patrimoniales de la sociedad y de sus accionistas se ven comprometidos cuando un director contrata con la sociedad a que pertenece”, agregándose que “si el interés social y el de los socios no sufre lesión cuando un director contrata con la sociedad a que pertenece, y si los accionistas aprueban expresa o tácitamente el contrato, no se comprende en defensa de qué otros principios podría el juez proceder a su anulación de oficio” (19).

Como bien se ha dicho en forma consecuente con lo anterior, “en materia societaria existe la necesidad de limitar al mínimo, lógicamente posible, la categoría de las nulidades absolutas frente a las de anulabilidad” (20). Principios parecidos son los expresados en otro fallo en que se rechazó la impugnación de una resolución por violatoria del régimen de voto acumulativo cuando los impugnantes no tenían acciones suficientes como para hacer uso de ese derecho (21).

2. El interés particular protegido por una norma imperativa y la carga de actuar en defensa de aquél.

La regulación de la impugnación de resoluciones asamblearias contenida en el Art. 251 y sigtes. de la Ley tiene su sustento en la efectiva existencia de una asamblea (22) y en el carácter colegial e interno del acto y de los intereses protegidos. Por esta causa, y en pro de la seguridad jurídica, el régimen legal acota con precisión los mecanismos impugnativos y fija un plazo breve de caducidad de la acción.

Existiendo la asamblea, los accionistas por lo que hace a sus derechos, y los demás legitimados en cuanto integrantes de órganos sociales, tienen el deber o la carga de plantear sus objeciones dentro de ese breve plazo. Ello con independencia del motivo de la objeción, y ya sea que se refiera a la afectación de derechos que deriven de normas dispositivas o de normas imperativas, porque aún éstas, una vez actuadas, no son más que protectoras de derechos privados.

(19) CN Com., Sala A, 28.8.84, Establecimientos Textiles El Aguila, E.D., T. 112, pág. 152.

(20) CN. Com., Sala B, 21.12.84, Saunier c/ Casa de las Juntas, L.L., 1985-D, pág. 90.

(21) Cam. Com., Sala A., 11.12.86, Vistalba c/Banco de Galicia, E.D. T. 122, pág. 141.

(22) Excede el marco de este trabajo la consideración de la categoría de la inexistencia de asamblea. Pero es de toda lógica que el régimen especial establecido para la impugnación de resoluciones asamblearias presupone que el órgano se haya reunido como tal.

Así, el quórum legal es imperativo para proteger a los accionistas de un eventual funcionamiento del órgano sin la presencia numérica que se estima como garantía de la adecuada representatividad de la voluntad social. Una vez que la asamblea sesionó, si lo hizo sin el quórum exigido, el accionista tiene los medios para seguir protegiendo su derecho. Pero si no lo hace, lo que está haciendo es disponer de su propio y particular derecho e interés: no existe ninguna razón superior a este último que la ley deba proteger. Por eso es admisible y lógico que la ley produzca un saneamiento de todos estos vicios, aún de los derivados de las normas imperativas, por el mero transcurso de un plazo de caducidad sin ejercer la impugnación correspondiente.

3. Inaplicabilidad del régimen de impugnación a los supuestos en que la resolución, como expresión de la voluntad social, genera un conflicto intersubjetivo, es decir, entre la sociedad y terceros.

Corresponde dejar también aclarado que de esta sistemática quedan excluidos, además de los casos de nulidad absoluta por violación del orden público en el sentido expresado más arriba, aquellos supuestos en que lo que aparece como una resolución de la asamblea, en realidad no cuenta específicamente como tal en el aspecto intrasocietario, sino que es la expresión de la voluntad social formada para tener efectos en el mundo jurídico exterior a la propia sociedad. Es que allí ya no incide ni interesa el carácter colegial e interno de la deliberación, sino la posición de la sociedad como tal, en tanto sujeto de derecho que se conecta con otros.

Por eso es que algunos supuestos de decisiones assemblearias no pueden ser impugnados por la vía de los Arts. 251 y sigtes., sino que deben serlo como acciones de derecho común que el sujeto externo a la sociedad planteará en términos de conflicto intersubjetivo.

Así, por ejemplo, en el caso de un director disconforme con la remuneración que le fija la asamblea porque no compensa adecuadamente su trabajo, corresponderá que su derecho al cobro de una suma mayor lo demande a la sociedad como tal, con independencia del modo orgánico interno que ésta utilice para asumir su posición o expresar su voluntad sobre el tema: no es un caso de impugnación que quepa en los presupuestos del Art. 251, porque aunque en el ejemplo se trate de un director, su interés no es el del órgano, sino el personal propio de obtener su remuneración.

Por ese motivo sostuvimos en los Cuadernos que la acción de impugnación del Art. 251 procede cuando existe una lesión al interés del socio como partícipe de la sociedad, pero que no procede en las hipótesis en las cuales la violación de la norma hubiere lesionado un derecho particular, de tipo extrasocietario: allí la

relación es de carácter intersubjetivo y no interno de la sociedad ⁽²³⁾.

4. RESOLUCIONES ASAMBLEARIAS QUE ESTABLECEN REGLAS ABSTRACTAS PARA EL FUTURO, CONTRARIAS A NORMAS IMPERATIVAS

Algo similar cabe decir de las resoluciones asamblearias que importen establecer reglas de conducta abstractas para la futura vida societaria y no resoluciones concretas de actuación inmediata. Tales, vgr., una reforma estatutaria en contravención a alguna disposición imperativa de la Ley. Sin perjuicio de que la resolución pudiera ser impugnada conforme al Art. 251, la nueva disposición estatutaria viciada será tratada del mismo modo que cualquier otra cláusula nula: el mero transcurso del tiempo no la puede convalidar. La acción pertinente para invalidarla es, entonces, la del derecho común, tal como si se ejerciera en relación a una cláusula contractual originaria.

También habrá tiempo para la objeción al momento que una nueva resolución asamblearia pretenda aplicarla. Por ejemplo: supóngase una primera resolución que disponga modificar el estatuto para establecer que un directorio de seis integrantes se renueva por tercios cada tres años. Cuando en un ejercicio cualquiera accionistas que pretendan ejercer el derecho a votar acumulativamente se vean impedidos de hacerlo por esa disposición estatutaria, podrán objetar la aplicación de esta última a la elección de que se trate, fundándose en el carácter imperativo del Art. 263 de la Ley -que, como es sabido, establece que el estatuto no puede derogar ese derecho ni dificultar su ejercicio-. Está en juego, entonces, la actuación concreta de la norma imperativa que protege el derecho de esos accionistas, y deberán, según se expuso, promover la acción del Art. 251, sin importar cuánto tiempo transcurrió desde la reforma estatutaria en cuestión.

(23) Cuadernos... Vol. III, Ed. 1983, pág. 879, criterio que surge también del fallo de la Sala B de la CNCom. del 6.12.82 (Carabassa c/Canale S.A.), ED, T.103, pág. 164.