

ÓRGANO DE GOBIERNO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA LA ASAMBLEA EN EL DERECHO PARAGUAYO

Órgano de gobierno de la sociedad anónima. La asamblea en el derecho paraguayo. Tipos de asamblea. Ordinaria. Extraordinaria. Asamblea unánime. Asambleas especiales. **Cuestiones comunes.** Lugar de reunión. Orden del día. **Convocatoria. Sujetos legitimados.** Convocatoria por los accionistas. Modo de solicitar la convocatoria por el accionista. Agotamiento de la vías societarias. Petición judicial. Forma de convocar. Publicidad. Irregularidades en la convocatoria. Otras irregularidades nulificantes. **Asistencia a asamblea. Requisitos.** Depósito de acciones. Libro de asistencia. Representación. Actuación por mandatario. Intervención de directores, síndicos y gerentes. Deliberación y celebración. Cuarto intermedio. **Quorum.** Quorums en primera y segunda convocatoria para asambleas ordinarias y extraordinarias. **Mayorías. Cómputo.** Abstenciones. Mayorías agravadas. Asamblea especial. Supuestos especiales. Acta de asamblea. **Nulidad de la decisión asamblearia.** Criterios generales de aplicación. Acción de nulidad de decisiones asamblearias. Legitimación pasiva. Legitimación activa. Accionistas. Accionistas incorporados con posterioridad a la fecha en que la decisión fue impugnada. Accionistas preferidos sin derecho a voto. Directores. Síndicos. Naturaleza de la acción de impugnación. Límites. Procedimiento. Suspensión preventiva. Revocación del acuerdo impugnado. Responsabilidad de los accionistas. Plazo. **Derecho de receso.** Supuestos que habilitan el receso.

La normal marcha de la sociedad requiere de la celebración de reuniones periódicas de sus socios, los que constituidos en cuerpo deliberativo deciden “sobre las cuestiones vinculadas con la marcha de la sociedad y el mejor logro del objeto social”¹. Esa concurrencia de accionistas organizada para su funcionamiento en forma de colegio y de acuerdo con lo establecido por la ley y el estatuto, es la asamblea. Se trata de un órgano, de gobierno y de carácter no permanente, que trata de resolver asuntos de su competencia en interés social². Sus resoluciones, cuando son conformes a la ley y el estatuto deben ser cumplidas por el directorio y obligan a todos los accionistas (artículo 1078 del Código Civil), por lo que alguna doctrina suele atribuirle un equívoco carácter soberano.

Este órgano no tienen capacidad sino competencia, entendida ésta como la medida del poder jurídico de su actuación, por lo que es la ley la que determina sus alcances. Si bien cada órgano cuenta con una esfera de atribuciones propia y que se ajustan a la especialización de tareas indispensables para el funcionamiento del ente, no son tales tareas las que delimitan la competencia orgánica, sino la ley que las

* Trabajo elaborado por petición de I.D.E.P, para el dictado de clases en el MADE UCA 2014 y que integra el libro Derecho Societario Paraguayo –actualmente en elaboración de los autores Sebastián Balbín, Bruno Fiorio y Rodolfo Guillermo Vouga”

¹

SASOT BETES M. y SASOT M., *Sociedades Anónimas. Las Asambleas*, Abaco, Buenos Aires, 1978, p. 35.

²

Cfr. ZALDIVAR E., *Cuadernos de Derecho Societario*, vol. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, n° 43.1., p. 315. asigna. En el caso de la asamblea, esta tiene la *competencia exclusiva* que le confiere el artículo 1078 del Código Civil para considerar y resolver las cuestiones ordinarias y extraordinarias referidas en los artículos 1079 y 1080³.

Tipos de asamblea

La distinción entre asamblea *ordinaria* y *extraordinaria* no atiende –como el término parecería indicar– a características propias de la reunión o al tiempo en que ésta deba convocarse, sino a la materia objeto de deliberación⁴. El Código Civil asigna a cada tipo de asamblea una competencia específica (artículos 1079 y 1080), por lo que las extralimitaciones y exorbitancias en las metarias tratadas vician de nulidad los acuerdos alcanzados. No obstante, siendo que lo que en ambas reuniones se determina mayormente se circunscribe a cuestiones patrimoniales, por ende transables (artículos 1114 y 1495 del Código Civil), los vicios incurridos sólo lesionan intereses particulares, pudiendo las partes perjudicadas confirmar el acto (artículo 366 Código Civil) por inacción (artículo 1098 del Código Civil)⁵.

Ordinaria

Corresponde a la asamblea ordinaria (artículo 1079 del Código Civil) considerar y resolver cuestiones relacionadas con:⁶ *i.-*) memoria anual del Directorio, balance y cuenta de ganancias y pérdidas, distribución de utilidades, informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la empresa que le corresponda resolver de acuerdo con la competencia que le reconocen la ley y el estatuto, o que sometan a su decisión el directorio y los síndicos. Además, los artículos 87 y 88 de la ley 1034 disponen que la sociedad debe presentar copias de los balances, memoria e informe del síndico, los que quedan depositados en la sede social con no menos de quince días de anticipación a su consideración por la asamblea, para su consulta por los accionistas⁷; *ii.-*) designación de directores y síndicos, y fijación de su retribución; *iii.-*) responsabilidades de los directores y síndicos y su remoción; y *iv.-*) emisión de acciones⁸. La asamblea ordinaria es anual, y para considerar los puntos *i.-*) y *ii.-*) la misma debe ser convocada dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio (artículos 1081 y 1079 del Código Civil, parte final).

³

Cfr. TROCHE ROBBIANI, PABLO, en *Código Civil de la República del Paraguay Comentado*, La Ley, Asunción, 2010, p. 499. ⁴ GALGANO F., *Manuale Elementare de Diritto Commerciale*, 2ª edición, Zanichelli, Bolonia, 1986, p. 183; ; VELÁZQUEZ GUIDO, ERNESTO,

Manual de Derecho Societario, Intercontinental, 2003, p. 139.⁵ Cfr. OTAEGUI J., “Actos colegiales y sus conflictos”, en *Derechos Patrimoniales, Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 537.⁶ La enumeración es taxativa. Cfr. PANGRAZIO, MIGUEL ÁNGEL, *Código Civil Paraguayo –comentado–*, Intercontinental, Asunción, 1998, p. 382.⁷ Cfr. VELÁZQUEZ GUIDO, E., *Manual de Derecho...*, cit., p. 142.⁸

La ley 388/94 suprimió la última parte del inc. d) del art. 1079 y que agrega “dentro del capital autorizado”.

Extraordinaria

Son materia de la asamblea extraordinaria (artículo 1080 del Código Civil) los asuntos que escapan a la competencia de la asamblea ordinaria, la modificación del estatuto y, en especial: *i.-)* el aumento,⁹ reducción y reintegro del capital; *ii.-)* el rescate, reembolso y amortización de acciones; *iii.-)* la fusión, escisión, transformación y disolución de la sociedad; *iv.-)* el nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores; consideración de las cuentas y asuntos relacionados con su gestión; *v.-)* la emisión de debentures y su conversión en acciones y la emisión de bonos de participación.

Asamblea unánime

La asamblea unánime es aquella, ordinaria o extraordinaria, que reúne a los socios que representen la totalidad del capital social. Algunas legislaciones, como la argentina, requieren que además las decisiones se adopten con la unanimidad de las acciones con derecho a voto¹⁰. Este tipo de asamblea, dada la concurrencia de todos los socios puede celebrarse aún sin publicación de convocatoria, por cuanto la participación de aquellos da cuenta de su conocimiento y aceptación en participar¹¹.

Asambleas especiales

El estatuto puede prever diversas clases de acciones, con derechos diferentes salvo dentro de una misma clase en que todas las acciones confieren los mismos derechos (artículo 1064 del Código Civil). Las asambleas especiales son aquellas que comprenden solamente a estos grupos de accionistas o clase¹². Cuando la asamblea deba adoptar resoluciones que afecten los derechos de una clase de acciones, se requerirá el consentimiento o ratificación de dicha clase, y que se prestará en asamblea especial regida por las normas de la asamblea ordinaria (artículo 1097 del Código Civil).

Cuestiones comunes

Lugar de reunión. Orden del día

Las asambleas deben celebrarse en el *domicilio social* (artículo 1078 Código Civil). En su defecto y cuando alguna razón lo justificara (p.ej. insuficiencia de

⁹

“Un problema que puede aparecer en casos de aumento de capital es el derecho de preferencia de los accionistas existentes para suscribir la nueva emisión. En ausencia de disposiciones estatutarias o asamblearias, consideramos que en

nuestra legislación tal derecho puede ejercerse sólo en caso de no existir interés por parte de los accionistas antiguos, que a nuestro parecer deben ser preferidos a extraños". VELÁZQUEZ GUIDO, E., *Manual de Derecho...*, cit., p. 153.

¹⁰ Es decir que se requiere la participación de todos los accionistas, aún cuando éstos sólo tuvieran derecho de voz pero no de voto.

¹¹ Si bien esta no es la solución que expresamente consagra el Código Civil, que guarda silencio sobre el particular, su aplicación resulta aconsejable. Cfr. Cfr. TROCHE ROBBIANI, P., *Código Civil*, cit., p. 514.

¹² Cfr. VELÁZQUEZ GUIDO, E., *Manual de Derecho Societario*, cit., pp. 139 y 140.

espacio o fuerza mayor), podrá convocarse a los socios para que concurran a otro lugar correspondiente a la jurisdicción del domicilio social¹³. En todo caso, deberá cuidarse de que los accionistas conozcan con exactitud el lugar donde se efectuará la reunión, y que el cambio no importe un recurso para dificultar su asistencia¹⁴.

El listado de cuestiones a tratar por la asamblea configura el *orden del día*. El mismo tiene como finalidad prevenir a los accionistas sobre las materias que habrán de discutirse, impedir el agregado de nuevas cuestiones y permitir un desarrollo ordenado –en cuanto al método– del acto. Respecto de su contenido, pueden efectuarse las siguientes consideraciones¹⁵: *i.-*) los puntos debe ser redactados de manera clara y concisa, de modo tal que no se generen dudas en cuanto al alcance de su tratamiento (v.gr. las fórmulas *asuntos varios* o *modificación de estatutos* resultan inadmisibles, por vagas)¹⁶; *ii.-*) debe consignarse el tipo de asamblea a celebrarse, de manera que el accionista pueda prever el *quorum* y mayoría aplicable, para resolver sobre la conveniencia o necesidad de su asistencia; *iii.-*) e indicarse el lugar, fecha y hora de celebración.

En cuanto al tratamiento por la asamblea de materias extrañas a las incluidas en el orden del día, la ley establece su nulidad (artículo 1093 del Código Civil), salvo: *i.-*) que en la asamblea estuviese presente la totalidad del capital social y la decisión se adoptara por unanimidad de las acciones con derecho a voto; *ii.-*) las cuestiones relacionadas con la responsabilidad de los administradores, cuando éstas fueran derivación de alguno de los temas tratados; *iii.-*) la elección de los encargados de suscribir el acta¹⁷.

Convocatoria. Sujetos legitimados

La citación de los accionistas a asamblea se denomina convocatoria. La misma compete en primer término al *directorio*, como órgano (no a uno o algunos de sus integrantes) bajo pena de nulidad (artículo 1081 del Código Civil)¹⁸. De allí que la convocatoria deba ser precedida por la reunión de directorio que, sujeta al *quorum* y mayorías legales o estatutarias, la resuelva. La *sindicatura* también cuenta con la facultad de convocar a asamblea ordinaria en defecto del directorio, o cuando lo juzgue conveniente o necesario en el caso de asamblea extraordinaria, ya que la facultad de hacerlo a asambleas ordinarias o especiales es derivada y sólo surge ante la omisión del directorio (artículo 1081 del Código Civil).

¹³ Cfr. TROCHE ROBBIANI, P., *Código Civil...*, cit., p. 499; PANGRAZIO, M., *Código Civil Paraguayo*, cit., p. 381.

¹⁴ Cfr. SASOT BETES M. y SASOT M., *Sociedades Anónimas. Las Asambleas...*, p. 163.

¹⁵ Por todas ellas, vease SASOT BETES M. y SASOT M., *Sociedades Anónimas. Las Asambleas...*, pp. 135 a 137, a quienes aquí seguimos.

Cfr. PANGRAZIO, M., *Código Civil Paraguayo*, cit., p. 385; VELÁZQUEZ GUIDO, E., *Manual de Derecho...*, cit., p. 142; TROCHE ROBBIANI, P., *Código Civil...*, cit., p. 530.

¹⁷ Cfr. BALBÍN, SEBASTIÁN, *Tratado de Derecho Comercial*, t. 3, Lexis Nexis, 2013, Buenos Aires.

¹⁸ Cfr. HALPERÍN I. y OTAEGUI J., *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 672.

Convocatoria por los accionistas

En cualquier tiempo que lo consideren oportuno, accionistas que representen cuanto menos el cinco por ciento del capital social computado sobre el capital suscrito¹⁹, si el estatuto no fijara un porcentaje menor, podrán solicitar al presidente del directorio —o en su defecto a la sindicatura— que convoque a asamblea ordinaria o extraordinaria, indicando los temas a tratar (artículo 1081 Código Civil)²⁰. El silencio o la omisión habilita el ejercicio del derecho excepcional de los accionistas de acudir a tales fines al tribunal²¹, como medio de amparo de la minoría²².

Modo de solicitar la convocatoria por el accionista. Agotamiento de la vías societarias

Conforme prescribe el artículo 1081 del Código Civil, el accionista peticionante debe indicar en su requisitoria al directorio —o sindicatura— los distintos puntos del orden del día que propone tratar. Los puntos deben ser de interés para la sociedad, no resultar perjudiciales ni difamatorios para su imagen ni de la de los integrantes de sus órganos, y ser redactados en términos precisos y claros, evitando vaguedades (como asuntos varios o alocuciones similares)²³. Si cumplen tales recaudos, una vez peticionados no pueden ser suprimidos o modificados en su contenido por el directorio²⁴, lo que no significa que la redacción deje de corresponder al órgano que —aunque incitado por el accionista— disponga la convocación²⁵, o que éste pueda solicitar explicaciones acerca del porque de tales puntos²⁶.

Incumplido el deber de convocar dentro de los treinta días de efectuada la solicitud (artículo 1081 del Código Civil), el órgano reticente pierde la facultad de redactar los puntos del orden del día, resultando en caso de convocatoria judicial inhibido de sugerir modificaciones o supresiones²⁷. La sola omisión en que

¹⁹ Ello —para Argentina— en razón de que “las formas en materia de sociedades por acciones obedecen al requerimiento de la seguridad jurídica, si queda comprobado que han sido emitidas nuevas acciones ignorando todos los recaudos previstos por la ley y el estatuto social; cabe concluir que la proporción de tenencias accionarias se conservó sin alteración a los efectos del ejercicio por parte de los socios del derecho de convocatoria prevista en el art. 236 de la ley de sociedades.” CNCom. Sala B, octubre 28-988, *Mizrahi de Sztamfater Sara C. c. Novi Carp S.A. y otros*, ED 134, p. 793.

²⁰ Independientemente de ello, el directorio debe convocar a asamblea al menos una vez al año —dentro de los cuatro meses de cerrado el ejercicio— para tratar balances y estados contables (art. 1079).

²¹ La convocatoria judicial a asamblea sólo procede en supuestos excepcionales, resultando indispensable el agotamiento de los recursos sociales. Cfr. CNCom. Sala D, mayo 17-989, *Zannol Félix A. S. Convocatoria de asamblea de I.F. y A. La Ferrollana S.A.*, R.D.C.O., Buenos Aires, 1990-A, p. 347.

²² Cfr. BRUNETTI A., *Trattato del Diritto delle Società*, t. II, Milán, 1948, p. 302 y ss. Cfr.

MASCHERONI F., *La Asamblea de la Sociedad Anónima*, 2ª edición, Editorial Cangallo,

Buenos Aires, 1976, p. 67. Cfr., para Argentina, CN Com., Sala de FERIA, 24/01/69, ED

26-362; SASOT BETES M. y SASOT M., *Sociedades Anónimas. Las Asambleas...*, p. 108.²⁵ Cfr.

para Argentina, CNCom. Sala C, mayo 30-985, *Martínez de Quintas Elisa E. y otros c.*

Quintas S.A., LL 1985-D, p. 495; LÓPEZ TILLI A., *Las Asambleas de Accionistas*, Abaco,

Buenos Aires, 2000, p. 83.²⁶ Cfr. MATTA Y TREJO G., “Sobre la convocatoria a asamblea de sociedades anónimas a pedido de accionista”, LL 1985-D, p. 495.

²⁷ Cfr. NISSEN R., *La ley de Sociedades Comerciales*, t. 3, Abaco, Buenos Aires, 1996, p. 340; VERÓN A., *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 –comentada, anotada y concordada–*, t. 3, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 725 inc. c; SASOT BETES M. y SASOT M., *Sociedades Anónimas. Las Asambleas...*, p. 108; ED, 26-362; LL 134

incurriera el directorio ante el pedido del socio configura una falta grave de sus deberes²⁸. El accionista deberá también dirigir su pedido al síndico, a efectos de agotar la vía societaria. La falta de aviso al síndico inhabilita la petición judicial de convocatoria²⁹.

La acreditación del agotamiento de la vía societaria se hace: i.-) mediante la exhibición de los títulos accionarios que acrediten la calidad de socio y que representen —en su conjunto, de encontrarnos frente a un litisconsorcio activo— el cinco por ciento del capital social³⁰; ii.-) ofrecer garantía suficiente de que los títulos accionarios habrán de permanecer bloqueados durante todo el término del trámite³¹; iii.-) acreditar que se ha emplazado fehacientemente al directorio —en la persona de su presidente³², salvo ausencia o vacancia—□ y a la sindicatura; iv.-) acreditar el transcurso del término de treinta días dispuesto por el artículo 1081 del Código Civil sin que la asamblea se hubiera celebrado, o bien, aún antes de ello si surgiera la imposibilidad de los órganos sociales de cumplir con sus deberes temporáneamente, como referiremos a continuación.

Petición judicial

La solicitud de convocatoria a asamblea por el accionista tiene por finalidad asegurar el control de la administración de los negocios sociales, frustrado – entorpecido– por la conducta omisiva del directorio –o la sindicatura–, lo que conspira contra el normal desenvolvimiento de ente. Tal reticencia habilita al socio a peticionar –y obtener– que la autoridad judicial supla la falla de los órganos sociales convocando en su reemplazo a asamblea, en los términos en que el socio lo solicitara (artículo 1081Código Civil)³³. A tal efecto, no corresponde que el Tribunal de participación al ente antes de resolver convocar. Ello por cuanto los órganos sociales deben limitarse ante los pedidos de los socios a llamar a asamblea sin

5. “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 y cuando, lógico es, no se infrinja el art. 953 del Cód. Civ.”. Para Argentina, CNCom. Sala A, julio 20-972, *Ducant José R. y otros c. Transportes Saavedra S.A.*, LL 184, p. 567.

²⁸ Cfr. FARINA J., *Estudios de sociedades Comerciales. Sociedad anónima*, Zeus, Rosario, p. 153.

²⁹ Para Argentina, CNCom. Sala D, mayo 17-989, *Zannol Félix s. convocatoria a asamblea de I.F. y A. La Ferrolán S.A.*; LÓPEZ TILLI A., *Las Asambleas de Accionistas*, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 90.

³⁰ O cualquier otro medio que acredite de forma fehacientemente y sumaria la calidad de socio. Ello en razón de que la solicitud de convocatoria ante autoridad judicial o de contralor –que es de carácter excepcional, CNCom. Sala D, R.D.C.O. 1990-A, p. 347– debe resolverse *in audita* parte para ser efectiva, según sostuviéramos.

³¹ Seguimos en ello lo señalado por MATTA Y TREJO G. –“Sobre la convocatoria...”–, LL 1985-D, p. 495—, en cuanto a que si se hubiera optado por acreditar la calidad de accionista mediante la emisión de un certificado de depósito emitido por entidad autorizada, cabe reparar que éste no bloquea las tenencias, las que pueden enajenarse durante el transcurso del procedimiento, lo que importaría tanto como forzar una convocatoria a pedido de quien ya no lo será al tiempo de celebrarse la asamblea.

³² Citamos como antecedente el rechazo de una petición de convocatoria judicial a asamblea por no haberse demostrado la “calidad de la destinataria –se refiere a la presidenta del ente–□ en tanto no fue agregado el estatuto social, ni actas de donde resulte su nombramiento.” Cfr. para Argentina CNCom. Sala D, mayo 17-989, *Zannol Félix A. S.*

Convocatoria de asamblea de I.F. y A. La Ferrollana S.A., R.D.C.O., 1990-A, p. 347.

³³ Alguna doctrina incluso sostiene la inapelabilidad de la medida. Cfr. VELÁZQUEZ GUIDO, E., *Manual de Derecho...*, cit., p. 144.

mayores dilaciones, por lo que ante su silencio u omisión el juez debe circunscribir su actuación a hacerlo en reemplazo, designando la persona que habrá de presidir la reunión (artículo 1088 del Código Civil)³⁴, in audita parte³⁵, sin dar traslado al respectivo órgano societario para que se expida o efectúe la convocatoria omitida³⁶. El legislador no ha podido suponer que sea de aplicación un procedimiento de conocimiento pleno³⁷ —no nos encontramos frente a un proceso contencioso—, por conspirar aquel contra una resolución ágil, expeditiva y compatible de la cuestión a resolver³⁸. Se trata, en realidad, de un trámite en el que la actuación judicial se limita a sustituir la inactividad de administradores y síndicos (lo contrario desnaturalizaría el planteo y toleraría que éstos se irrogaran facultades que en tal instancia son exclusivas del Tribunal)³⁹.

Forma de convocar. Publicidad

La convocatoria a asamblea —su ausencia la hace irregular⁴⁰—, debe sujetarse a las formas legales y estatutariamente previstas. Ello habida cuenta que los vicios que invaliden la decisión asamblearia no necesariamente correspondan al acto colegial sino también a la forma irregular en que este se convoca⁴¹. Sin perjuicio de ello, como regla general puede decirse que más allá de la irregularidad de la convocatoria, la falencia se purga con la posterior intervención y anuencia de todos los socios.

³⁴

Cfr. VERÓN A., *Ley de Sociedades...*, t. III, p. 724; VELASCO A., *Ley de Sociedades Anónimas*, Ariel, Barcelona, p. 239.

³⁵ “Corresponde disponer inaudita parte la convocatoria jurídica asamblearia cuando aparecen cumplidos los requisitos legales para ello —en tanto el peticionante ostenta una proporción de la titularidad del capital social que lo faculta para ello y aparece agotado el procedimiento interno—, no siendo aplicable al caso el procedimiento sumario ... pues no debe soslayarse que las previsibles dilaciones que se deriven de la sustanciación de un proceso de conocimiento desvirtuaría la finalidad que persigue la normativa que contempla la facultad de recurrir ante los estrados judiciales a tales fines”. Para Argentina, CNCom. Sala A marzo 30-001, *Lodeiro de López Carmen c. Garay 1182 SRL*, LL 2001-D, p. 430.

³⁶ Cfr. MATA Y TREJO G., “Sobre la convocatoria...”, LL 1985-D, p. 495, aunque éste autor agrega que, de ser dudosa la cuestión, el juez podrá —a su criterio— correr traslado a la sociedad para que en plazo perentorio informe sobre lo pedido por el accionista. La resolución que adopte el tribunal debiera ser inapelable.

³⁷ Cfr. LÓPEZ TILLI A., *Las Asambleas...*, p. 93; NISSEN R., “La influencia de la reforma al Código Procesal Civil y Comercial en el procedimiento societario”, LL 2002-C diario de mayo 6-2002.

³⁸

Cfr. ANAYA J., “Los procedimientos en los conflictos societarios”, ED 166-81.

³⁹

Cfr. VELASCO A., *La Ley de Sociedades...*, p. 239; VERÓN A., *Sociedades Comerciales...*, t. III, p. 724. El propósito de la ley ha sido proteger el derecho del accionista y si se permitiese a los directores ser parte en los procedimientos con los derechos inherentes a esa condición —oposición, impugnación de la resolución judicial—, el objetivo de la ley se vería frustrado. Es que cabe tener presente que sólo se estaría requiriendo se convoque a asamblea por y ante el incumplimiento en los deberes del órgano encargado de tal función. “Es dudoso que en la convocación judicial de asamblea deba abrirse procedimiento contencioso de índole plenaria o sumaria que fuere, lo que se compadece con los términos compulsivos o acertivos del art. 236 ley 19550”, DEL VALLE PUPPO J., “Convocatoria Judicial a Asamblea de Accionistas”, II Congreso de Derecho Societario de Mar del Plata, 1979; NISSEN R., *Ley de Sociedades...*, t. II, p. 564.

⁴⁰

Cfr. SC Buenos Aires, diciembre 4-1990, *Salgado Rodolfo c. Polleschi Aldo y otros* (ac. 43.679), ED 148-262.

⁴¹ NISSEN R., *Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 92.

La convocatoria debe hacerse mediante publicaciones hechas en un diario durante cinco días⁴², con diez de anticipación a la asamblea, por lo menos, y no más de treinta. Deberá mencionarse *i.-)* el carácter de la asamblea, *ii.-)* fecha, hora y lugar de reunión, *iii.-)* el orden del día o listado de las materias a tratar, el que deberá ser completo y redactado de modo que el accionista tenga pleno conocimiento de la naturaleza e importancia de los temas sobre los que se habrá de deliberar y *iv.-)* los demás requisitos especiales exigidos por los estatutos para la participación de los accionistas (artículo 1082 del Código Civil).

En caso de que la asamblea fracasara por falta de quorum, puede llamarse a una nueva en *segunda convocatoria*, a celebrarse dentro de los treinta días siguientes, mediante publicaciones por tres días con al menos ocho de anticipación a la asamblea. Empero, los estatutos pueden contener cláusulas que autoricen a efectuar la segunda convocatoria junto con el llamado a la primera -con carácter supletorio-, a celebrarse con un intervalo no inferior al de una hora respecto de aquella (artículos 1082 y 1083 del Código Civil). La omisión en los edictos de éste segundo llamado, corroborada la falta de quorum en primera convocatoria, impide la celebración de la reunión sin que antes la administración realice las nuevas publicaciones.

Irregularidades en la convocatoria. Otras irregularidades nulificantes

De constatarse la existencia de vicios de convocación que no involucren formas esenciales, sólo habrá nulidad relativa o impugnabilidad⁴³. A modo de mera pauta indicativa, pueden señalarse como irregularidades que hacen impugnables al acto: *i.-)* omitir consignar el lugar de reunión, cuando la misma se celebrara fuera de la sede social⁴⁴; *ii.-)* la omisión de la fecha y hora de la reunión⁴⁵; *iii.-)* cualquier

⁴² “Entendemos que [el Código Civil] debió referirse a un diario de gran circulación y no a todos los diarios que algunos, por su exiguo tiraje, no son leídos”. PANGRAZIO, M., *Código Civil Paraguayo*, cit., p. 385; TROCHE ROBBIANI, P., *Código Civil...*, cit., p. 513, quien cita en su apoyo los autos “Zarza Figueredo Luis Alberto c. Lord Leather S.A. s. nulidad de asamblea y remoción de administradores”, Trib. de Apelac. en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 3, 11/11/2009 LLP 2010 (febrero) p. 62.

⁴³ Cfr. HALPERÍN I., *Sociedades Anónimas*, p. 645. Sin perjuicio de la imposibilidad de obtener un listado de nulidades o anulabilidades por vicios en la convocatoria, creemos de utilidad reproducir sistematizaciones como las efectuadas por SASOT BETES M. y SASOT M., *Las Asambleas...*, p. 592 o VERÓN A., *Sociedades Comerciales...*, t. 3, p. 907.

⁴⁴ O aún en la propia sede, si no se convalidara tal omisión con quorum y mayorías suficientes, según VERÓN A., *Sociedades Comerciales...*, t. 3, p. 907. Una posición intermedia parecería seguir MASCHERONI F., para quien es indiscutible que la omisión del dato —lugar de celebración— no tiene la misma gravedad si la asamblea se realiza en la sede social, que si se lleva a cabo en otro lugar de la misma jurisdicción territorial —*La Asamblea de la Sociedad Anónima*, 2ª ed., Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1976, p. 18—. Por su parte la Ley de sociedades mexicana (art. 179) dispone que las asambleas que no se celebren en el domicilio social —salvo caso fortuito o fuerza mayor—, son nulas, por lo que también será nula la cláusula estatutaria que previera tal supuesto. Cfr. BARRERA GRAF J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 1989, p. 561. La LSA española de 1989 prevé para estos casos la nulidad de la junta, aunque cabe recordar que la misma se purga por el mero transcurso del tiempo de no mediar impugnaciones.

⁴⁵ Debe ser citada dentro del horario de actividad laboral, según las prácticas y costumbres del lugar de celebración. Cfr. MASCHERONI F., *La Asamblea...*, p. 20, quien agrega que al no referir la LS a días hábiles o inhábiles, no habría restricciones para que la reunión se realizara inclusive estos últimos. Por nuestra parte no compartimos tal criterio, en función lo propinado: los días inhábiles no observan actividad laboral habitual, resultando por tanto no aptos para el ejercicio de la actividad propia del ente comercial.

supuesto de publicidad insuficiente o tardía⁴⁶; iv.-) la falta o error en la indicación del carácter —ordinario o extraordinario— de la asamblea; v.-) o las faltas o defectos en el orden del día⁴⁷. Todo ello por cuanto la convocatoria debe servir para que los socios tengan conocimiento de la celebración de la reunión en un determinado lugar y fecha, pudiendo así asistir a la misma estando informados sobre los asuntos sobre a deliberar y los acuerdos a aprobar⁴⁸. Por otra parte, no resulta claro que el directorio pueda revocar la convocatoria una vez publicados los edictos⁴⁹, menos aún que accionistas o terceros puedan pedir su suspensión.

Asimismo se han señalado como otras causas frecuentes de nulidad asamblearia, por fuera de aquellas relacionadas con la convocatoria, a las siguientes⁵⁰: i.-) falta de depósito de acciones y libro de asistencia de accionistas; ii.-) falta de quorum legal; iii.-) decisiones adoptadas una vez transcurrido el plazo del cuarto intermedio, iv.-) violación del derecho de información o ausencia de copias de los estados contables, memoria o informe de la sindicatura, para su consulta; v.-) limitar la participación de los accionistas; vi.-) falta de deliberación.

Asistencia a asamblea. Requisitos

Depósito de acciones

Aquellos socios que deseen concurrir a la asamblea, deberán depositar en la sociedad sus acciones —o certificados bancarios de depósitos librados a tal efecto—, para su registro en el libro de asistencia a asamblea, con no menos de tres días hábiles de anticipación a la fecha fijada (artículo 1084 del Código Civil; ley 1034)⁵¹. La sociedad debe entregar a los socios el comprobante del depósito que especifique la clase de acciones, su numeración y la de los títulos, y que sirve para la admisión a la asamblea. Tanto la falta de depósito como la acreditación extemporáneas inhiben al accionista de participar en la asamblea⁵². La ley también prevé que no se podrá disponer de las acciones hasta después de realizada la asamblea, excepto en el caso de cancelación del depósito. De este modo la ley procura bloquear temporalmente los títulos, de manera de evitar que asistan a la asamblea personas que al momento

⁴⁶ Producto de ésta, sólo podrán solicitar la anulabilidad del acto quienes no hubieran asistido alegando la defectuosa publicación. En contra de esta posición puede verse LÓPEZ TILLI A., para quien el accionista presente igualmente pudo verse perjudicado en sus intereses por no haber podido enterarse de las opiniones de los ausentes, los que podrían haber cambiado el sentido de la votación o decidido la misma al alterar los porcentajes —*Las Asambleas...*, pp. 98 y 99-.

En este sentido, la Sala 1ª. del Tribunal Supremo español —16 de septiembre de 2000— se ha pronunciado sobre la nulidad de la decisión asamblearia —acuerdo de Junta General— que encubría una modificación estatutaria que no figuraba expresada con claridad en el orden del día.

⁴⁸ Cfr. SANCHEZ CALERO F., *Principios de Derecho Mercantil*, 3º ed., Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 163.

⁴⁹ Cfr. AULETTA G. y SALANITRO N., *Diritto Commerciale...*, p. 177.

⁵⁰ Enumeración enunciativa correspondiente a VELÁZQUEZ GUIDO, E., *Manual de Derecho...*, cit., pp. 162 y 163.

⁵¹ En derecho comparado, este plazo se computa retroactivamente a partir de la hora cero del día fijado para la asamblea, excluyéndose los días domingos y feriados nacionales (art. 54 Res. 6/80 IGJ Argentina)

⁵² Respecto de los supuestos de comunicación tardía, y en contra de lo aquí sostenido, puede verse LÓPEZ TILLI A. —*Las Asambleas...*, p. 107—, para quien el depósito no hace a la esencia del acto asambleario, por lo que la sociedad

podrá aceptar el depósito ad referendum de lo que a la postre resuelva la asamblea.⁵³ de la misma pudieran haberse desprendido de sus acciones . El depositario responde ilimitada y solidariamente con el titular por la existencia de las acciones (artículo 1084 del Código Civil).

Libro de asistencia

El accionista –o su representante– que concurra a la asamblea debe firmar el libro de asistencia, dejando constancia de su domicilio, documento de identidad y número de votos que le correspondan (artículo 1084 del Código Civil; ley 1034). La falta de presencia del libro de asistencia en el lugar de celebración de la asamblea provoca –en principio– la nulidad de la reunión, no obstante lo cual tal ausencia puede ser suplida mediante acta notarial, en la medida en que ésta contenga los requisitos exigidos por ley (v.gr. la omisión del número de votos hace nulo el acto, mientras que la falta de mención de los restantes requisitos sólo lo tornan anulable)⁵⁴ .

Representación. Actuación por mandatario

Los accionistas pueden hacerse representar en las asambleas. A tales fines es suficiente con que otorguen mandato, en instrumento privado, en la medida en que la firma del mandante se encuentre autenticada o registrada en la sociedad, salvo disposición e contrario del estatuto (artículo 1085 Código Civil). No pueden ser mandatarios los directores, los síndicos, los gerentes y demás empleados de la sociedad.

Intervención de directores, síndicos y gerentes

Por ser la asamblea un cuerpo colegiado, esta debe contar con un presidente que declare constituida la reunión, oriente las deliberaciones y proclame los resultados de la votación en relación con cada uno de los asuntos tratados. Su omisión acarreará la nulidad –relativa, por tanto confirmable– de lo determinado, por carecerse “del acto declarativo que establezca fehacientemente lo decidido⁵⁵”. El Código Civil (artículo 1088) prevé que la asamblea sea presidida por el presidente del directorio o su reemplazante, salvo disposición contraria de los estatutos, y en su defecto, por la persona que designen los asistentes por mayoría –de forma similar se designa secretario de actas-. Cuando la convocatoria hubiera sido hecha judicialmente, esta será presidida por el Juez o el funcionario que éste designe. El Código Civil también impone la presencia de directores, síndicos y gerentes generales en la asamblea (“tienen derecho y obligación”), con voz e incluso voto si

⁵³

Cfr. TROCHE ROBBIANI, P., *Código Civil...*, cit., p. 520.

⁵⁴

Cfr. VERÓN A., *Sociedades Comerciales...*, t. 3, p. 909.

⁵⁵

Cfr. Para Argentina, CNCom., Sala A, diciembre 28-1990, ED 147-381.

se tratara, además, de accionistas, siendo nula toda cláusula en contrario (artículo. 1086).

No obstante, su ausencia no priva de validez el acto ⁵⁶ .

Los directores y gerentes no pueden votar sobre la aprobación de los balances y demás cuentas y actos relacionados con su gestión administrativa, ni en las resoluciones atinentes a su responsabilidad y remoción (artículo 1087 Código Civil).

Deliberación y celebración

Calificada doctrina societarista señala que la deliberación sería un negocio jurídico unilateral y colegiado por el cual los órganos colectivos de las personas jurídicas prevén la expresión de su voluntad con el fin de crear directa o indirectamente relaciones de derecho. No se trataría necesariamente de un acto jurídico —aunque pudiera serlo—, y sería siempre *i.-)* unilateral, por cuanto lo conformarían no varias direcciones de voluntad sino varias voluntades unidas, y *ii.-)* colegiado por cuanto se trataría de una categoría especial de acto complejo formado por la fusión de las declaraciones de los miembros de un mismo órgano ⁵⁷ .

Los principios del quorum y del las mayorías rigen todo este proceso, por tanto también la propia vida del ente, y sirven como presupuesto básico para la formación de la voluntad social. Sólo las decisiones tamizadas por el previo proceso de la libre asistencia, discusión y deliberación (presupuestos de la regla de la mayoría) son reputadas como expresiones válidas de la sociedad. Esto no quiere decir que tal libertad impida que el proceso deliberativo pueda ser regulado —reglamentado— para un mejor ejercicio, disponiendo diversos tiempos y modos de exposición ⁵⁸ , siempre y cuando de ello no resulte un mero impedimento para el socio sin beneficios prácticos para el ente. Los presupuestos necesarios de éste proceso son el derecho a la información y el derecho *de voz* —en su faz activa (ser oído) y pasiva (oir)—, siendo ambos de tal importancia que su violación podría acarrear la nulidad de la asamblea ⁵⁹ .

Entre diversas irregularidades deliberativas, se enumeran: *i.-)* las resoluciones adoptadas después de transcurridos los treinta días que la ley fija para el cuarto intermedio (artículo 1094 Código Civil) ⁶⁰ ; *ii.-)* las resoluciones adoptadas durante el intervalo legal si concurrieran a la reanudación accionistas que no hubieran depositado sus acciones en la primera reunión; *iii.-)* cuando los accionistas hubieren sido privados de la información y documentación necesaria para expedirse sobre el

⁵⁶

Cfr. MASCHERONI F., *El Directorio en la Sociedad Anónima*, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1978, p. 124. ⁵⁷ Cfr. COLOMBRES G., *La Teoría del Órgano en la Sociedad Anónima*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, pp. 53 a 58. Cfr. URÍA R., MENÉNDEZ A. y GARCÍA DE ENTERRÍA J., “S.A. Órganos sociales. Junta general de accionistas”, en *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Civitas, Madrid, 1999, p. 880. ⁵⁹ Cfr. LÓPEZ TILLI A., *Las Asambleas...*, p. 155, quien refiere que su ejercicio puede reglamentarse por vía estatutaria estableciéndose incluso tiempos máximos de exposición. ⁶⁰ Cfr. MASCHERONI F., *La Asamblea...*, p. 82, quien aclara que la cantidad de votos que corresponde a cada accionista participante no puede ser alterada en la segunda parte del acto.

giro de los negocios (artículo 1124 f Código Civil)⁶¹; *iv.*-) la deliberación sobre asuntos ajenos a la competencia de la asamblea; *v.*-) la decisión adoptada con vicios en su pronunciamiento o que afecten la voluntad de los votantes⁶².

Cuarto intermedio

La asamblea puede pasar a cuarto intermedio por una vez, a fin de continuar en otra fecha dentro de los treinta días siguientes. Al tiempo de su reanudación, sólo podrán participar de la segunda reunión los accionistas que hubieran cumplido con los requisitos de asistencia para la primera asamblea -comunicación de asistencia- (artículos 1084 y 1094 del Código Civil). Los treinta días a los que refiere el Código Civil son corridos, lo que incluye sábados, domingos y feriados (artículo 341)⁶³.

Quorum

El *quorum* es el número mínimo de individuos miembros necesario para que un órgano colegiado funcione y adopte decisiones validamente. Los artículos 1089 y 1090 del Código Civil disponen que el cómputo del *quorum* se efectúe sobre las acciones con derecho a voto y no sobre el capital -por cuanto algunas acciones con preferencias patrimoniales pueden carecer de derecho a voto-⁶⁴. En derecho societario, el *quorum* contempla la necesidad de que al menos un determinado número de accionistas se encuentre presente al momento de que el órgano de gobierno se expida⁶⁵, de forma tal que las decisiones no sean adoptadas por un reducido elenco de socios. Tanto el quorum de primera como de segunda convocatoria procuran la debida obtención de la voluntad atribuible al ente.

Así, en derecho comparado los Tribunales han declarado nulo el acto asambleario llevado adelante sin la presencia de los accionistas necesarios⁶⁶; o el caso del quorum insuficiente por haberse alcanzado con la inclusión de accionistas ausentes; o computando como presentes a aquellos accionistas que, aún asistiendo, hubieran omitido dar aviso a la sociedad de su asistencia. Cabe tener presente que el quorum no es sólo un requisito para la constitución de la asamblea, sino también un

⁶¹

En igual sentido, aunque morigerando los alcances de la defección en el deber de informar como generador del derecho de impugnar, véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS G., *Derecho Societario, parte general. Los Socios. Derechos, Obligaciones y Responsabilidades*, t. 5, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 583.

⁶² Cfr. VERÓN A., *Sociedades Comerciales...*, t. 3, p. 909.

⁶³ Cfr. TROCHE ROBBIANI, P., *Código Civil...*, cit., p. 531.

⁶⁴ Cfr. TROCHE ROBBIANI, P., *Código Civil...*, cit., p. 525.

⁶⁵ Cfr. ZUNINO J., *Régimen de Sociedades Comerciales*, 20º ed., Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 245. En puridad, el quorum mínimo exigido por la ley debe ser mantenido durante todo el desarrollo de la asamblea. Cfr. TROCHE ROBBIANI, P., *Código Civil...*, cit., p. 525.

⁶⁶

“El quórum exigido por la ley no es pura y exclusivamente un requisito constitutivo de la asamblea en las S.A.,

sino que además es un requisito indispensable para su funcionamiento; por ello, si la asamblea quedó constituida con un quórum insuficiente, su consecuencia será tanto la nulidad del acto en sí, como de las decisiones que se hubieren tomado”. Para Argentina, CNCom., Sala A, diciembre 28-990, ED 147-381.

presupuesto para su funcionamiento, por lo que debe mantenerse en número suficiente durante todo el desarrollo del acto ⁶⁷ .

En cuanto al tipo de nulidad que afecta el acto en supuestos de quorum deficiente, mientras que para parte de la doctrina uno incorrectamente calculado pero suficiente según las previsiones legales importará una nulidad relativa impugnabile por tanto en el plazo del artículo 1098 del Código Civil ⁶⁸ , para otros la falta de quorum en sí —con prescindencia de su suficiencia—□ invalida el acto de forma insubsanable, por tanto inconfirmable ⁶⁹ .

Quorums en primera y segunda convocatoria para asambleas ordinarias y extraordinarias

La constitución de la asamblea *ordinaria* en primera convocatoria requiere la presencia de accionistas que representen la mayoría -absoluta ⁷⁰ -de las acciones con derecho a voto. En la segunda convocatoria la asamblea se considerará constituida cualquiera sea el número de esas acciones presentes (artículo 1089 del Código Civil).

La asamblea *extraordinaria* se reúne en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representen el sesenta por ciento de las acciones con derecho a voto, si el estatuto no exigiera un quórum mayor. En la segunda convocatoria se requiere la concurrencia de accionistas que representen el treinta por ciento de las acciones con derecho a voto, salvo que el estatuto fijara un quórum mayor (artículo 1090 del Código Civil) ⁷¹ .

Mayorías. Cómputo

Obtenido el *quorum*, la opinión coincidente de la mayor parte de los componentes del grupo que lo conforman constituye la denominada *mayoría* legal. Si la decisión asamblearia se hubiera logrado computando el voto de accionistas inhabilitados, de verificarse que aún sin éstos igual se hubiera resuelto el punto, la cuestión sobre la invalidez será irrelevante a los fines de atacar el acuerdo adoptado ⁷² , ello sin perjuicio de la responsabilidad —si es que alguna—□ que quepa a

⁶⁷

Cfr. MASCHERONI F., *La Asamblea...*, p. 63.

⁶⁸ Cfr. OTAEGUI J., “Actos colegiales y sus conflictos”, en *Derechos Patrimoniales, Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 538.

⁶⁹ Para Argentina, en el fallo de la CNCom. Sala D *Castro C.F. c. Altos de los Polvorines S.A. s. sumario* – ED 185-232—, el Dr. Cuartero —en minoría—□ refiere a diversos precedentes en los que se aceptara la articulación de una nulidad asamblearia una vez transcurrido el plazo del art. 251 LS, por tratarse de una nulidad absoluta en los términos del art. 1047 Cód. Civ. —por no haberse respetado quorums y mayorías—. CNCom. Sala C, 19.7.96, *Calvet Francisco c. Cittadella*, ficha 24.628 de la base de datos Icaro, CS.

⁷⁰

Cfr. VELÁZQUEZ GUIDO, E., *Manual de Derecho...*, cit., p. 145; TROCHE ROBBIANI, P., *Código Civil...*, cit., p. 526.

⁷¹ La ley argentina acepta además la fijación de un quorum menor, art. 244 LS.

⁷² Tal es la solución que, de manera expresa y análoga a la que aquí se sostiene, adopta el Código Civil italiano en su art. 2373.

estos accionistas (artículo 1101 Código Civil)⁷³. Por el contrario, cuando la decisión asamblearia hubiera sido alcanzada computando accionistas que hubieran votado no obstante encontrarse impedidos, el planteo de nulidad será procedente en tanto y en cuanto sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida, y deberá dirigirse contra éstos y la sociedad⁷⁴, atento su responsabilidad (artículo 1095 del Código Civil) y sin perjuicio de que idéntica responsabilidad les será impuesta para el caso de que, impugnada la decisión asamblearia, ésta fuera declarada nula (artículo 1101 del Código Civil)⁷⁵.

Las resoluciones en asambleas ordinarias y extraordinarias tanto primera como en segunda convocatoria, deben ser tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exigiera un mayor número (artículo 1089 Código Civil).

Cómputo. Abstenciones

El accionista o su representante, que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene la obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla (artículo 1095 del Código Civil). Si contraviniese esta disposición será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida (la ley no sanciona con la nulidad el acto, sino que sólo establece la responsabilidad de los infractores⁷⁶).

Respecto de la base de cálculo y a efectos de su integración, corresponde computar las abstenciones al voto de los accionistas presentes⁷⁷, sin que ellas sean consideradas como manifestación de voluntad afirmativa o negativa⁷⁸. Así, no

⁷³

Debe utilizarse un criterio de razonabilidad tal que pueda exigirse al impugnante contar con los votos necesarios para torcer la decisión asamblearia adoptada, ya que de lo contrario se estaría ante un pedido de nulidad por la nulidad misma. Ello por cuanto, aún en caso de que la nulidad fuera declarada, esta no tendría ningún efecto práctico pues, en una nueva votación, la mayoría —presumiblemente volvería a repetir el resultado.

⁷⁴ ODRIOZOLA C., “El conflicto de intereses como causa de impugnación de las decisiones asamblearias”, en *Estudios de Sociedades Comerciales –homenaje a Carlos J. Zavala Rodríguez—*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 54.

Tal la solución expresamente consagrada por el art. 52 de la ley de sociedades de responsabilidad limitada española, y para el caso del socio con interés contrario al del ente que emita su voto no obstante la prohibición legal. En estos supuestos el vicio producido por la infracción afecta, en principio, al *voto* indebidamente emitido por el socio y no directamente al *acuerdo*, por lo que el vicio sólo se traslada a este último convirtiéndolo en nulo —por contrario a la ley— cuando el voto fuera necesario para alcanzar las mayorías. Cfr. SÁNCHEZ RUIZ M., *Conflictos de Intereses entre Socios en Sociedades de Capital*, Monografías de Derecho Societario n° 15, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 169.

⁷⁶

Cfr. TROCHE ROBBIANI, P., *Código Civil...*, cit., p. 533.

⁷⁷ En contra, véase MASCHERONI F., *La Asamblea...*, p. 78, para quien las abstenciones no son computables a los fines de la votación, ni concurren a formar el total de votos sobre el cual se calcula la mayoría, cualquiera fuera la que determine la ley o el estatuto para el asunto que se trate.

⁷⁸

“Lo contrario implicaría que quien voluntariamente se ha abstenido de votar, apareciera no obstante adhiriendo en los hechos de la decisión —positiva o negativa— respecto de la cual no tuvo interés en expedirse ... el silencio del sujeto presente en una asamblea tiene un significado: el de su presencia.” Véase, para Argentina, el voto —en minoría y citando

al Juez de 1ª instancia—□ del Dr. Cuartero, CNCom. Sala D, junio 30-999, *Castro C.F. c. Altos de los Polvorines S.A. s. sumario*, ED 185-232.

compartimos el criterio para el cual la abstención importa una *antinomia jurídica*, por cuanto no podría admitirse que el socio asistente dejara de cumplir con su deber de expedirse a favor o en contra, cuando su presencia gravitara a efectos de la abstención del quorum⁷⁹. Por nuestra parte, no vemos impedimento en que el accionista concurrente se abstenga —por la razón que fuera—, ni que ello altere los términos del artículo 1084 del Código Civil (la mayoría se computa sobre “votos presentes”). Quien asiste a una asamblea, aún si lo hiciera sin intención de expedirse sobre los temas que se le consulten, sabe cuales son los efectos legales derivados de su presencia.

Adoptada en forma una decisión asamblearia, eventuales y posteriores defectos en su ejecución no la invalidan⁸⁰, ello sin perjuicio de las responsabilidades en las que el órgano a cargo de tales tareas pudiera incurrir.

Mayorías agravadas. Asamblea especial. Supuestos especiales

El artículo 1091 del Código Civil prevé una cantidad de supuestos especiales que habilitan la participación en igualdad de todos los socios con derecho a voto y sin atender las preferencias políticas de sus títulos, para su resolución. Así, cuando se tratase de: *i.-*) la transformación, fusión o de la disolución anticipada de la sociedad; *ii.-*) la transferencia del domicilio al extranjero; *iii.-*) del cambio fundamental del objeto y *iv.-*) de la reintegración total o parcial del capital⁸¹, tanto en la primera cuanto en segunda convocatoria las resoluciones deben adoptarse por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto.

Los socios disconformes que hubieran estado presentes en las asambleas haciendo constar en el acto su oposición y los socios ausentes, dentro de los cinco y quince días respectivamente, pueden separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones (artículo 1092 Código Civil). Es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio.

⁷⁹

Cfr. SASOT BETES M. y SASOT M., *Sociedades Anónimas. Las Asambleas...*, p. 267, quien otorga al voto abstenido el sentido de un voto de apoyo “a la asamblea como tal”.

⁸⁰ En tal sentido compartimos la posición sostenida por VICENT CHULIÀ: “La STS de 2 de noviembre de 1993, *Sersa Ediciones S.A.* (R. 8565), declaró nulo un acuerdo de aumento de capital social, que respetaba rigurosamente el derecho de suscripción preferente de todos los socios, porque en su ejecución los administradores atribuyeron menos acciones a los accionistas minoritarios de las que les correspondían según la Ley, los estatutos y el propio acuerdo social. Esta solución es errónea. Lo que procede en tal caso es la redistribución de las acciones (cualquiera que sea su actual titular, que nunca es tercero respecto de los acuerdos sociales), dando fiel cumplimiento al acuerdo social de aumento del capital, que debe reputarse —en protección de los acreedores—□ válido, eficaz y, simplemente, pendiente de correcta ejecución. La STS de 11 de marzo 1999, *Servicios Especiales de Reproducción Gráfica, S.A.* (también *SERSA: ¡Sersa cabalga de nuevo!*) (R. 2251), en aumento de capital adoptado el día anterior, mantenía, correctamente el criterio que defendemos”. VICENT CHULIÀ F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 13ª edición Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 297.

La LSC argentina contiene una norma análoga, circunscripta a *i.-*) la transformación, prórroga o reconducción —excepto en las sociedades que hagan oferta pública o cotización de sus acciones-; *ii.-*) de la disolución anticipada de la sociedad; *iii.-*) de la transferencia del domicilio al extranjero; *iv.-*) del cambio fundamental del objeto y *v.-*) de la reintegración total o parcial del capital

Acta de asamblea

La documentación escrita del acto en la que se efectúa un resumen de los asuntos debatidos y que debe bastarse a sí misma, se denomina *acta de asamblea*. No se trata de la transcripción integral de las intervenciones de los asistentes, sino tan sólo de un resumen, lo más fiel posible, de las posiciones sustentadas, el resultado de las votaciones y las decisiones en consecuencia adoptadas, todo ello con más los datos relacionados al tiempo, lugar y forma en que el órgano se constituye y cesa (artículo 1096 del Código Civil). Debe firmarse —por el Presidente de la asamblea, los accionistas designados y el secretario— y volcarse dentro del quinto día de celebrada la asamblea en un libro especial —el libro de actas de asamblea—⁸², con las formalidades previstas para todo libro de comercio⁸³ (ley 1034), y constituye la prueba principal de la reunión.

No obstante, en tanto instrumento privado, su ausencia, defecto o vicio no es en sí causal suficiente para determinar la nulidad de la asamblea, porque se trata de una forma *ad probationem* y no *ad solemnitatem*⁸⁴, existiendo aquella aún si no se redactara un acta⁸⁵, la que incluso puede suplirse por otros medios⁸⁶. Ello por cuanto las irregularidades del acta difícilmente encajen dentro del marco de las nulidades del acto asambleario, pues aquella no los crea sino que simplemente deja constancia de su existencia⁸⁷. Esto no quiere decir que el contenido del acta no sea, obviamente, importante. A través de ésta se conocen las resoluciones, sus alcances y las circunstancias en que han sido adoptadas, sirven para determinar los derechos emergentes de socios, directores y síndicos, por lo que deben ser un fiel reflejo de lo actuado⁸⁸. De allí que el recaudo —certificación de un adecuado reflejo de lo tratado—□ suela incluso ser confiado a terceras y calificadas partes —funcionarios del Registro Público de Comercio o a escribanos—□ por petición de alguno de los administradores o de los mismos accionistas. Cualquier accionista puede requerir, a su costa, copia firmada del acta (artículo 1096 del Código Civil).

Por disposiciones de derecho objetivo las actas se extienden en el *libro especial* del órgano correspondiente.

Cfr. GARCÍA TEJERO N., “Libros especiales y actas de sociedades anónimas”, LL 158-1104.⁸³ Cfr. MAGRI C., “Las actas de las sociedades comerciales” en *Tratado de Derecho Privado —derecho comercial—*, de NUTA A. y otros, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 251.

⁸⁴ En contra HALPERÍN I., *Sociedad Anónima*, para quien la existencia regular del acta es esencial para la validez de las decisiones adoptadas —por tanto *ad solemnitatem*—, por hacer a la seguridad jurídica y ser el medio por el cual ausentes y futuros accionistas podrán conocer lo resuelto. En consecuencia, su ausencia tomaría el acto en inexistente; cfr. para Argentina CNCom. Sala C, mayo 22-987, *Kukiewicz I. C. Establecimientos Metalúrgicos Cavanna S.A.*, Revista de Doctrina Societaria y Concursal t. I, p. 404, donde se declaró la inexistencia de una asamblea por defectos de redacción en el acta.

⁸⁵ Cfr. FARRÉS P., “La impugnación asamblearia en las cooperativas”, LL 23/07/01; SASOT BETES M. y SASOT BETES M., *Las Asambleas...*, p. 351; MAGRI C., “Las actas...”, p. 251. En contra, MASCHERONI F., *La Asamblea...*, p. 87; HALPERÍN I., *Sociedades Anónimas*, p. 419.

⁸⁶ En sentido análogo, aunque fundado en que la asamblea no resultaría en sí un acto jurídico sino sólo un procedimiento en el que el socio expresa su voluntad, la que será siempre válida aunque no se asiente de la manera prevista por la LS, véase LÓPEZ TILLI A., *Las Asambleas...*, p. 197 y FAVIER DUBOIS E., *Derecho Societario Registral, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1994, p. 312.

⁸⁷ VERÓN A., *Sociedades Comerciales...*, t. 3, p. 912, con apoyo en MILLOZZA.

⁸⁸ Cfr. GARO F., *Sociedades Anónimas*, t. 2, La Facultad, Buenos Aires, 1949, p. 44.

Nulidad de la decisión asamblearia

Criterios generales de aplicación

Baste con reparar en la naturaleza del contrato de sociedad –plurilateral de organización– para concluir que muchas de las previsiones del Código Civil en materia de nulidades fueron pensadas casi con exclusividad para actos jurídicos bilaterales, incompatible con un derecho —el societario— que, además, guarda directa relación con la seguridad del tráfico mercantil⁸⁹. Va de suyo entonces que los eventuales planteos de nulidad deberán contar con una justificación que trascienda el cumplimiento de meras formalidades, habida cuenta que i.-) la nulidad por la nulidad misma no puede ser receptada por los tribunales comerciales; ii.-) no pueden acogerse favorablemente cuestiones relacionadas con meros caprichos académicos⁹⁰; iii.-) y que la declaración de invalidez no tiene como finalidad preservar pruritos formales o satisfacer finalidades teóricas o abstractas, en el sólo homenaje de la ley, sino a remediar perjuicios efectivos⁹¹.

Existen –simplificadamente– dos maneras o especies de acción contra acuerdos asamblearios: i.-) la que surge del artículo 1098 del Código Civil para el caso de resoluciones nulas de nulidad relativa, acuerdos que sin la correspondiente declaración de invalidez se estiman válidos por el transcurso del tiempo, y ii.-) la acción de nulidad basada en las previsiones generales del Código Civil para los casos que involucran el orden público. Esta última acción tiende a obtener la declaración de nulidad absoluta o –para quienes sostienen esa categoría– la inexistencia del acto asambleario, y puede ser iniciada por cualquier interesado siempre que demuestre la existencia de un interés en sentido jurídico, resultando la misma imprescriptible⁹².

Acción de nulidad de decisiones asamblearias

Una parte minoritaria de la doctrina extranjera se inclina por la aplicación irrestricta de la nulidad corta para decisiones de órganos colegiados, aún en los casos de nulidad absoluta⁹³. Para estos autores no cabe la invocación de normas de

⁸⁹

Véase NISSEN R., *Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias*, Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 65 y 66.

⁹⁰ Cfr. para Argentina, CNCom. Sala C marzo 12-1993, *CNV c. Laboratorio Alex S.A.C.*, ED 153-687.

⁹¹ Cfr. para Argentina, CNCom. Sala C marzo 12-1986, *Canale S.A. c. Comisión Nacional de Valores*, LL 1986-D, p. 109.

⁹² Sobre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad cuando el acto afecte el orden público, en general, véase SALERNO M., *Nulidad absoluta y prescripción*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968. En el ámbito societario en particular, véase HALPRÍN I., *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 642; OTAEGUI J., *Invalidez de Actos Societarios*, Abaco, Buenos Aires, 1978, p. 395; ROITMAN H., “Impugnación a las decisiones asamblearias –Estudios sobre la Reforma–”, en R.D.C.O. año 1984, Depalma, Buenos Aires, p. 99; NISSEN R., *Impugnación Judicial...*, p. 84 y *Ley de Sociedades Comerciales. Anotada, comentada y concordada*, t. II, Abaco, Buenos Aires, 1983, p. 612; AGUINIS A., “Un avance ponderable en la jurisprudencia”, ED 85-520; FARINA J., *Tratado de Sociedades Comerciales*, T. II-B, Zeus, Rosario, p. 298.

Cfr. BAZÁN J., “Acerca de las nulidades asamblearias, del derecho societario y del orden público”, trabajo inédito difundido en el marco de las VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, 1998; WILLIAMS J., “La impugnación de decisiones asamblearias nulas y el artículo 251 de la ley 19.550”, LL 1983-C, p. 1047; FARGOSI H., “Caducidad o prescripción de la acción de nulidad de asambleas de sociedades por acciones, LL 1975-A, p. 1061.

derecho común –por contraposición a las societarias o comerciales-con propósitos nulidicentes, razón mayormente fundada en la salvaguarda de la seguridad jurídica y estabilidad que debe primar en las resoluciones de los órganos sociales. Sin llegar a tales extremos, cabe considerar que si bien la inderogabilidad e indisponibilidad de las normas imperativas impide la renuncia in abstracto a su protección, ante una resolución asamblearia contraria surge un derecho disponible por el afectado, de hacer valer aquella protección. Estando en juego únicamente el particular interés del accionista –referido al caso concreto– éste podrá ejercerlo, renunciarlo o transar sobre él, antes de que expire el plazo de caducidad que fija el artículo 1098 del Código Civil⁹⁴. Transcurridos los seis meses previstos por la norma, la resolución asamblearia violatoria de una disposición de contenido imperativo queda firme⁹⁵, insuceptible de ser atacada en el futuro, atento haberlo así dispuesto la parte interesada al no ejercer temporáneamente una eventual petición en defensa de sus derechos⁹⁶.

Legitimación pasiva

Tratándose de una acción cuyo objeto es la impugnación de un acto social, la demanda deberá ejercerse contra la sociedad ante el juez del domicilio del ente -sin perjuicio de que en ocasiones se incluya a los socios, por aplicación del artículo 1101 del Código Civil⁹⁷-, dentro de los seis meses de la deliberación, o si ésta debiera publicarse, dentro de los seis meses de la última publicación. Este plazo no rige en los casos de violación de normas de orden público (artículo 1098 del Código Civil).

⁹⁴ Cfr. MANÓVIL R., “Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: una imprescindible distinción”, en *Derecho Societario y de la Empresa*, T. II, Advocatus, Córdoba, 1992, p. 305.

⁹⁵ “El art. 251 de la ley –LSC argentina–, al seguir 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; se apartó de las normas de derecho común y estableció un mecanismo que quiso idóneo para la protección de los interesados internos de la sociedad, pero teniendo en cuenta también, el interés de la sociedad en la estabilidad de sus actos internos, y el interés general en preservar el valor seguridad jurídica. Por ello se justifica el exiguo plazo de caducidad para ejercer la acción de impugnación. Y esto explica que la norma citada incluya en su régimen los supuestos de impugnación fundados en la violación de la ley. Esta violación de normas legales, por fuerza del razonamiento lógico comprende la violación de las normas legales imperativas: las normas dispositivas pueden ser dejadas de lado por los interesados y es casi inconcebible que el apartamiento de las mismas pueda fundar impugnación.” MANÓVIL R., “El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251 de la LS en un fallo que marca un hito”, ED 168-545.

⁹⁶ Es en defensa de los derechos sociales del accionista y no de las instituciones, de la paz social o del Estado que se consagran las normas imperativas –por lo que no debe confundírselas con las de orden público—.

⁹⁷ Al incluirlos en demanda se evita que estos puedan alegar su indefensión. Cfr. VERÓN A., *Sociedades Comerciales* ..., t. 3, p. 927.

Legitimación activa

Se encuentran legitimados para el ejercicio de la acción de nulidad contra toda

resolución asamblearia que resulte violatoria de la ley, el estatuto o el reglamento⁹⁸ :

Accionistas

El Código Civil otorga legitimación a los accionistas disidentes, a los que se hayan abstenido y a los ausentes (artículo 1098). También pueden impugnar quienes votaron favorablemente si su voto fuera anulable por vicios de la voluntad, o la norma violada fuera de orden público. La ley no refiere porcentaje mínimo para acceder a la acción de impugnación, por lo que cabría considerar que cualquier accionista, sin importar su grado de participación⁹⁹, se encuentra legitimado a tales fines. No obstante, creemos aconsejable atender –como jurisprudencialmente se hiciera¹⁰⁰– que la participación accionaria del impugnante resultara *prima facie* apta para torcer la decisión asamblearia, a fin de evitar que la nulidad sólo satisfaga intereses teóricos¹⁰¹.

El Código Civil alude a los accionistas *disidentes* presentes en la asamblea, esto es, quienes votaron en contra de la resolución aceptada por sus socios, sin que sea necesario que éstos efectúen reserva de acudir a la justicia (incluso para alguna doctrina tampoco se requiere fundamentar el voto negativo¹⁰²). La solución luce coherente si se repara en que la norma también concede legitimación para impugnar a los accionistas presentes que se hubieran *abstenido* de votar la respectiva decisión¹⁰³.

98

Seguimos mayormente aquí la enumeración efectuada por ZALDÍVAR E. —*Cuadernos de Derecho Societario*, vol. 1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 120-.

99

Cfr. NISSEN R., "Las minorías y su derecho de impugnar decisiones asamblearias y acuerdos de directorio inválidos", LL 1987 —D, p. 1172. Por su parte la ley mexicana requiere que al menos el 33% del capital social se oponga a la decisión asamblearia (art. 201 LSM).

¹⁰⁰ Cfr. para Argentina, CNCom. Sala A, 11/12/86, *Vistalba S.A. c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.*, LL 1987-B-346; CNCom. Sala C, junio 24-999, *Nikitovich Paul c. Perfiltra S.A. s. Sumario*, LL 1999-F, p. 374, oportunidad en que el tribunal rechazó la petición de un accionista que concentraba el 20% del capital social, frente a la oposición del restante 80%, por no aparecer claramente demostrada la utilidad de un reclamo indefectiblemente perdedor.

¹⁰¹ En contra, véase NISSEN R., *Impugnación Judicial* ..., p. 111 y ss. y el mismo autor junto con HAGGI G. —"El derecho de impugnar decisiones asamblearias y la participación accionaria del accionista impugnante", en *Panorama Actual de Derecho Societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 271.

¹⁰² Cfr. NISSEN R., *Impugnación Judicial*..., p. 110.

¹⁰³ No es esta la solución prevista en la LSC argentina. Al guardar silencio esta norma sobre la cuestión, no cabe asignar a la abstención el carácter de voto negativo que legitima la pretensión impugnatoria, con lo que no pueden los accionistas abstenidos peticionar la nulidad de la resolución asamblearia en los términos del art. 251 LSC. La ley argentina requiere que se vote en contra y se haga constar dicha oposición, a fin de descartar la posibilidad de que quien no se opusiera enérgicamente al acuerdo de la mayoría, pueda hacerlo luego. Cfr. VERÓN A., *Sociedades Comerciales*..., t. 3, p. 922; JIMENEZ DE PARGA R., "La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 1810. En contra, NISSEN R., *Impugnación Judicial* ..., p. 110, para quien "el socio que se ha abstenido de votar puede ser titular de la acción de nulidad de una asamblea; ya que abstenerse no es dar conformidad y, por ende, debe interpretarse con derecho a promover la impugnación", con apoyo en CNCom., Sala B, marzo 6-989, ED, 140-316; CNCom. Sala B, diciembre 6-982, *Carabassa Isidoro de c. Canale S.A. y otra*, ED 103-164.

Accionistas incorporados con posterioridad a la fecha en que la decisión fue impugnada

El derecho de impugnación de las decisiones de la asamblea, conferido a los accionistas, no es un derecho incorporado al título –acción–. Surge de la lesión de uno o

más de los derechos de aquellos y compete al socio sin que tenga influencia en ello el número de acciones por él poseídas¹⁰⁴. Es que la acción, como título, enuncia una simple declaración de verdad y declara la calidad de socio, de la cual surgen derechos y deberes. Con su transmisión no se transfieren los derechos de naturaleza personal de carácter potestativo, que quedan excluidos de la posibilidad de una adquisición a título derivado, por lo que la ley impone como condición al accionista, que éste detente tal calidad tanto al momento de la celebración de la asamblea como al de la impugnación, no siendo el derecho en cuestión transmisible¹⁰⁵, por lo que no cabe al socio incorporado con posterioridad ejercer la acción¹⁰⁶. La calidad de socio del impugnante debe, por tanto, existir al momento de la celebración de la asamblea que se impugna¹⁰⁷. No obstante, sí cabría reconocer —como lo hace la doctrina extranjera— el derecho a impugnar al heredero devenido accionista, siempre y cuando el causante hubiera contado con tal legitimación en los términos del artículo 1098 del Código Civil¹⁰⁸.

¿Que sucedería en caso de que el accionista legitimado, una vez promovida la acción de nulidad, perdiera tal calidad? Perdería también “en forma instantánea, total, definitiva e ineluctable su estado y vinculación con la sociedad”¹⁰⁹, por tanto también el interés en la marcha de los negocios sociales, y, consecuentemente, una legitimación activa que no transmite al nuevo accionista¹¹⁰.

104

Cfr. VERÓN A., *Sociedades Comerciales...*, t. 3, p. 921; PÉREZ FONTANA S., *Sociedades Anónimas*, t. 1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p. 177. En igual sentido, CNCom. Sala B, 23/9/98, *Rodríguez Marcela c/ Transportes Rodríguez Cozar y Cía*, LL 98-E, p. 705; TATA R., "La transferencia de acciones subordinada a la aprobación del directorio, en *El Derecho en las Sociedades Anónimas —Estudios en Homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola—*, Ad. Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 324.

¹⁰⁵ En contra, véase NISSEN R., *Impugnación Judicial ...*, p. 117 y ss.

¹⁰⁶ En igual sentido, véase COTTINO G., *Diritto Commerciale*, vol. 1º, t. 2º, Cedam, Padova, 1987, p. 440.

¹⁰⁷

“Resultando injustificadas las teorías de derecho comparado, a fin de justificar la admisión de los nuevos socios, en cuanto a su derecho de impugnación, problema que encuentra solución en el texto de la propia norma legal que atribuye derecho a los socios ausentes o disidentes y también alude los que votaron favorablemente si su voto es anulable, lo cual significa que la ley ha tenido en cuenta a quienes eran socio ‘al momento’ de la celebración de la asamblea”. Para Argentina, CNCom. Sala B, diciembre 6-982, *Carabassa Isidoro de c. Canale S.A. y otra*, ED 103-164.

¹⁰⁸ Cfr. JIMENEZ DE PARGA R., "La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 1812.

¹⁰⁹

Cfr. para Argentina, CNCom. Sala A, octubre 5-979, *Sporetti Nazareno c. F. González e Hijos Comercial e Industrial S.A.*, ED 85-520.

¹¹⁰ Cabe al accionista mantener durante todo el transcurso del proceso su calidad de tal, si no desea que se frustre el progreso de la acción de nulidad intentada. Cfr. BENDRSKY M., “Impugnación judicial de asambleas de sociedades anónimas”, R.D.C.O., 1977, p. 31; HALPERÍN I., *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 650.

Accionistas preferidos sin derecho a voto

Podría sostenerse, a partir de los términos de la ley —*accionistas que no votaron favorablemente*— que los titulares de acciones con preferencia patrimonial y sin derecho a voto se encuentran excluidos. La cuestión no ha sido pacíficamente resuelta, y algunos autores se inclinan por sostener su legitimación como remedio al accionar caprichoso y

antijurídico de los demás socios que sí pudieran votar¹¹¹ .

Directores

Cualquiera de los miembros del directorio¹¹² , puede impugnar decisiones asamblearias violatorias de la ley, del estatuto o del reglamento¹¹³ (artículo 1098 del Código Civil). No nos encontramos –más allá del equívoco término *pueden* del Código -frente a una facultad de los administradores, sino de un deber, útil además para evitar se les imputen los daños y perjuicios que su omisión causare¹¹⁴ . El cargo de director debe detentarse al momento de demandar, no afectando la legitimidad del sujeto su posterior alejamiento, ya que de lo contrario las mayorías podrían dar fin al reclamo con solo remover al director accionante¹¹⁵ .

Cuando la acción sea intentada por la mayoría de los directores los accionistas que votaron favorablemente deben designar por mayoría un representante *ad hoc*, en asamblea especial convocada al efecto conforme al artículo 1100 del Código Civil. Si no alcanzare esa mayoría, el representante será designado de entre ellos por el Juez. La solución luce insuficiente si se repara en que la misma no prevé la suspensión del plazo para contestar demanda, el que debiera computarse desde que el representante *ad hoc* hubiere aceptado su designación¹¹⁶ .

Síndicos

También se encuentra legitimada la sindicatura, que no podrá excusarse de iniciar acción de nulidad contra la decisión asamblearia que violare la ley, el estatuto o el reglamento (artículo 1098 del Código Civil), en razón de los específicos

¹¹¹ NISSEN R., *Impugnación Judicial* ..., p. 121. En igual sentido, aunque respecto de usufructuarios de acciones y acreedores pignoraticios, véase JIMENEZ DE PARGA R., "La impugnación...", p. 1811.

¹¹²

No es esta la solución en derecho italiano –atendiendo a su doctrina mayoritaria–, en el que la impugnación no corresponde al director –o síndico– individualmente considerado sino al órgano de administración, por lo que el planteo debe estar precedido de una deliberación y decisión colegiada. Cfr. COTTINO G., *Diritto Commerciale*..., pp. 438 y 439; JAEGER P. y DENOZZA F., *Appunti di Diritto Commerciale – impresa e società* —, vol. I., Giuffrè, Milan, 1989, p. 324.

¹¹³

Se trata en realidad de un deber. Cfr. VELÁZQUEZ GUIDO, E., *Manual de Derecho*..., cit., p. 163.

¹¹⁴

Cfr. HALPERÍN I., *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 651; NISSEN R., *Impugnación Judicial* ..., p. 126. Por su parte, BENDERSKY entiende que tal obligación de impugnar puede ser suplida con la advertencia sobre la invalidez de la decisión seguida de la abstención de ejecutarla. Cfr. BENDERSKY M., "Impugnación judicial de asambleas de sociedades anónimas", RDCO, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 20. En derecho comparado, véase VICENT CHULIÁ F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, t. I, vól. 1, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 655.

¹¹⁵

Ver para Argentina CNCom, Sala D, 16/4/78, "Borgonovo Febre c. La Rinconada".

¹¹⁶

Cfr. SUAREZ ANZORENA C., "Impugnación Judicial de actos y decisiones asamblearias", ponencia para las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Societario, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1981; NISSEN R., *Impugnación Judicial* ..., p. 128.

–e inexcusables¹¹⁷ – deberes que le corresponden (artículos 1124, 1125 y 1126 Código Civil)¹¹⁸ .

Naturaleza de la acción de impugnación. Límites

La acción de impugnación de las decisiones de la asamblea —aún cuando fuera promovida por un socio contra el propio ente en salvaguarda de su interés personal—¹¹⁷ tiende a reestablecer el normal funcionamiento de sus instituciones, por lo que resulta ser una acción social.

Procedimiento

Suspensión preventiva. Revocación del acuerdo impugnado. Responsabilidad de los accionistas. Plazo

El Juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad y a los terceros (artículo 1099 del Código Civil; el criterio para su otorgamiento es restrictivo)¹¹⁹. Una asamblea posterior puede revocar un acuerdo impugnado. Tal resolución surte efecto desde entonces, obstando la iniciación o la continuación del proceso de impugnación. Sin perjuicio de ello, subsisten las responsabilidades por los efectos producidos o que sean su consecuencia directa (artículo 1101 del Código Civil). Los accionistas que conociendo el vicio hubieran votado favorablemente las resoluciones que se declaren nulas, responden ilimitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad que correspondan a los directores y síndicos (artículo 1101 del Código Civil). El cálculo del plazo principia con la clausura de la asamblea, esto es, desde el momento en que la resolución fue aprobada y no desde que se la puso en ejecución¹²⁰. Se trata de un plazo de *caducidad*¹²¹ —no de prescripción—, razón por la cual este no se interrumpe ni

¹¹⁷

A diferencia de lo que sucede con el directorio, existe respecto del síndico un deber *in vigilando*, un verdadero control de legalidad que desde ningún punto de vista debe ser excusado. Cfr. LÓPEZ TILLI A., *Las Asambleas...*, p. 361.

¹¹⁸

Es consecuencia de su deber de fiscalización, lo que ha llevado a decir que su incumplimiento debe ser juzgado con mayor severidad que el de los directores. Cfr. NISSEN R., *Impugnación Judicial...*, p. 130.

¹¹⁹

Cfr. VELÁZQUEZ GUIDO, E., *Manual de Derecho...*, cit., p. 164.

¹²⁰

“La ley fija un plazo máximo para deducir la acción, con lo cual, de ser exacta la interpretación contraria sería muy sencillo soslayar las acciones de nulidad, bastando que la sociedad no las pusiera en ejecución durante los seis meses —el autor refiere a la ley 19.550 antes de su modificación por ley 22.903— que siguen a la clausura de la asamblea o la publicación, puesto que posteriormente no podría ya ser impugnada.” VERÓN A., *Sociedades Comerciales...*, t. 3, p. 929.

¹²¹

Cfr. ZALDIVAR E., *Cuadernos de Derecho Societario*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 395; ARECHA M. y GARCÍA CUERVA H., *Curso de Sociedades Comerciales*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 372; VERÓN A., *Sociedades Anónimas de Familia*, t. 2, Abaco, Buenos Aires, 1979, p. 1087; ROITMAN H., “Impugnación de decisiones asamblearias”, RDCO año 1984, Depalma, Buenos Aires, p. 106; FARGOSI H., “Caducidad o prescripción...”, p. 227; OTAEGUI J., *Invalidez de Actos Societarios*, Abaco, Buenos Aires, 1978, p. 442 y “Caducidad y prescripción de la impugnación de acuerdos asamblearios a la luz de dos fallos”, ED 148262; MIGLIARDI F., “carácter del plazo fijado por el artículo 251 de la ley de sociedades”, LL 1979-B, p. 396; suspende —aún en razón de feria judicial ni obtención de la medida dispuesta en el artículo 1099 del Código Civil—.

Derecho de receso

El derecho de receso es la potestad conferida al socio por ley o convención estatutaria, para que éste solicite la extinción del vínculo que lo une con la sociedad, en razón de la ocurrencia de algún supuesto que altere de manera sustancial su relación originaria con el ente. Funciona como una suerte de herramienta de balance tendiente a solucionar el conflicto por tales cambios generado¹²², y que habilita la salida del accionista disconforme a cambio del reembolso del valor de sus acciones.

Supuestos que habilitan el receso

La ley enuncia, de manera taxativa¹²³, aquellos supuestos que habilitan el ejercicio del derecho de receso y que no pueden ser suprimidos, siendo además nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio (artículo 1090 Código Civil). Ello no significa que el contrato social no pueda prever, *además*, otras causales.

Pueden separarse de la sociedad –receder– los accionistas disconformes: *i.-)* con la transformación, *ii.-)* con la fusión; *iii.-)* con la disolución anticipada; *iv.-)* con la transferencia del domicilio al extranjero; *v.-)* con el cambio fundamental del objeto y *vi.-)* con la reintegración total o parcial del capital. El Código Civil omite incluir como causal, como sí lo hacen otras legislaciones, el aumento de capital. Este derecho sólo corresponde a los accionistas presentes en la asamblea que hayan hecho constar en el acto su oposición y a los ausentes, dentro del quinto y de los quince días de la terminación de aquella, respectivamente.

Corresponde a quienes ejerzan el receso el reembolso de sus acciones por el valor resultante del último balance aprobado, salvo que los disidentes en el momento de ejercer su derecho hubieran solicitado su reajuste conforme a valores reales. El balance reajustado debe ser aprobado por la asamblea dentro de los tres meses de

MASCHERONI F. y MUGUILLO R., *Régimen Jurídico del Socio*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 248; FARGOSI H. y GIRALDI P., “Nuevamente sobre la nulidad de asambleas de sociedades anónimas”, ED 174, p. 996; WILLIAMS J., “La impugnación de decisiones asamblearias nulas y el artículo 251 de la ley 19.550”, LL1983-C, p. 1047; Exposición de motivos Ley 23.903 Capítulo II, Sección V, ap. 17; en doctrina extranjera: PÉREZ FONTANA S., *Sociedades Anónimas*, t.1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p. 178; VICENT CHULIÁ F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 13º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 297. Para Argentina, además, CNCom. En pleno, Gialombardo 9/3/2007.

¹²² Cfr. ROITMAN H., *Ley de Sociedades Comerciales –comentada y anotada–*, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 139 y 141, quien lo define como una suerte de “válvula de escape o equilibrio entre dos intereses igualmente legítimos ... el de la sociedad de efectuar modificaciones esenciales a su estatuto para adecuarlo a nuevas exigencias de tipo económico, financiero, comercial ... [y] ... el individual del socio de que se respeten las condiciones esenciales tenidas en cuenta al decidir ingresar como socio (*rebus sic stantibus*)”.

¹²³ Cfr. DASSO A., *El Derecho de Separación o Receso del Accionista*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1985, p. 75; ZUNINO J., *Régimen de Sociedades Comerciales –Ley 19.550–*, 18º ed., Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 239; ROITMAN H., *Ley de Sociedades...*, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 145.

vencido el plazo máximo para ejercitar el derecho de receso (artículo 1092 del Código Civil).

