

“DERECHO DE RECESO”

DERECHO DE RECESO

Ernesto Velázquez Guido*

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de receso es la facultad otorgada a los accionistas, en los casos contemplados en el artículo 1.091 de separarse de la sociedad, obteniendo asimismo la devolución o el reembolso del importe de sus acciones.

El derecho de receso está regulado en nuestra legislación por el artículo 1.092, que tiene como fuente principal el artículo 2.437 del Código Civil Italiano que lo denomina “derecho de separación”.

Esta institución tiende a proteger los derechos de la minoría, así como por otra parte, posibilita a las mayorías adoptar medidas que consideren fundamentales para la empresa, sin vulnerar los derechos de las minorías disconformes.

Si bien se han formulado discrepancias doctrinales sobre la naturaleza y alcance de este derecho, nos ceñiremos, sin profundizar en el tema, al examen del artículo 1.092 que lo consagra en nuestra legislación.

El mencionado artículo -expresa: *“Los socios disconformes, con las resoluciones previstas en el artículo anterior, pueden*

* Abogado, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Profesor de “Derecho Romano I y II”, y “Derecho Comercial I y II”. Publicaciones: “Letras de Cambio en el Código Civil Paraguayo”, Editorial La Ley, año 1995. “La Sociedad Anónima en el Código Civil Paraguayo”, La Ley Paraguaya S.A., 1998.

separarse de la sociedad, con reembolso del valor de sus acciones. De este derecho sólo pueden usar los presentes en la asamblea que hayan hecho constar en el acta su oposición dentro del quinto día, y los ausentes, dentro de los quince días de la terminación de ellas.

Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance aprobado, salvo que los disidentes en el momento de ejercer su derecho solicitaren a este efecto su ajuste conforme a valores reales, el balance reajustado deberá ser aprobado por la asamblea dentro de los tres meses de vencido el plazo máximo para ejercer el derecho de receso.

Es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las consecuencias de su ejercicio”

Del artículo transcrito se pueden deducir cuales son los requisitos para ejercitar el derecho de receso:

Tiene lugar cuando se trata de la transformación fusión o de la disolución anticipada, de la sociedad, de transferencia del domicilio al extranjero, del cambio fundamental del objeto o de la reintegración total o parcial del capital. Estas causales son bastantes amplias si las comparamos con las contempladas en la ley italiana o argentina.

2. TRANSFORMACIÓN

Se justifica el ejercicio del derecho de receso por los accionistas disconformes teniendo en cuenta que este cambio estructural puede modificar la situación original del socio en la sociedad, aumentando sus responsabilidades y obligaciones.

3. FUSIÓN

Nuestro Código no es terminante en el sentido de mencionar la categoría o clase de fusión, (la propiamente dicha o la incorporación, absorción o anexión) como susceptible de ser objeto del ejercicio del derecho de receso. Parte de la doctrina argentina, considera que este derecho corresponde a los socios de la sociedad

incorporada y no a los de la incorporante, criterio aceptado por la Ley N° 19.550. “La razón de la excepción está dada por la circunstancia de que la sociedad incorporante conserva su individualidad, y la única modificación consiste en el aumento de su capital, modificación contra la que veremos más adelante, resulta muy dudoso que se pueda ejercer el receso (Juan Esteban Fernández. “Estudios de Sociedades Comerciales”). Como tenemos expresado, nuestra ley no hace ningún distingo.

4. DISOLUCIÓN ANTICIPADA DE LA SOCIEDAD

Esta es una innovación. La ley argentina no admite el receso por esta causal (art. 245, Ley N° 19.550). La razón para el ejercicio del derecho de receso en este caso está dada por el perjuicio que podría ocasionarse con tal resolución a determinados accionistas. Ni la ley italiana ni la argentina contienen esta causal (esta última acepta el derecho de receso), “en los casos de aumento de capital que competan a las asambleas extraordinarias y que impliquen desembolso para el socio”.

5. TRANSFERENCIA DE DOMICILIO AL EXTRANJERO

Esta causal, encuentra su explicación en la siguiente opinión: *“El traslado del domicilio social importa un cambio estructural equivalente a la modificación del estatuto social, y afecta sensiblemente la posición del accionista al verse sometida la sociedad a la ley aplicable al nuevo ámbito territorial, alterándose sus derechos conocidos materialmente ejercibles, como la dificultad de concurrir a la asamblea y la imposibilidad de informarse de su convocatoria”* (Ignacio A. Escuti. “Receso, Exclusión y Muerte del Socio”).

6. CAMBIO FUNDAMENTAL DE OBJETO

Es una de las causales más generalmente incluida en las legislaciones “la causal más fácilmente aceptada como fundamento del derecho de receso” (Carlos S. Odriozola, “El Derecho de Receso”).

El objeto de la sociedad, que es uno de los requisitos establecidos para su constitución es, a su vez, un elemento que atrae o aleja al socio de participar en la sociedad anónima, lo que justifica su separación cuando se varía este elemento constitutivo.

Ahora bien, nuestro artículo agrega que “el cambio del objeto debe ser fundamental”, con lo que se quiere significar una modificación sustancial del objeto social y no una simple ampliación o reducción de los negocios o actividades de la empresa.

7. REINTEGRACIÓN TOTAL O PARCIAL DEL CAPITAL SOCIAL

La reintegración es una medida que puede considerarse excepcional, consistente en la resolución de la asamblea extraordinaria que obliga a los socios a aportar proporcionalmente a sus aportes primitivos en caso de que el patrimonio social haya disminuido, sin recibir nuevas acciones por los aportes efectuados. Es, pues, razonable que ante una medida de estas características, el socio tenga la opción de recesar, por imposibilidad patrimonial o por la disconformidad con el método elegido.

El “reintegro”, técnicamente es una operación que no altera el valor del capital consignado en el balance de la sociedad, salvo que se realice “parcialmente” y en cuanto al remanente se resuelva reducir el capital, aunque en este caso cabe señalar que se tratará de dos operaciones distintas: reintegro parcial y reducción del capital... El reintegro no importa una modificación del capital por el contrario tiende a su mantenimiento puesto que implica acrecentar el patrimonio social en la medida que sea ello necesario para que el exceso de los valores del pasivo coincida con la cifra del capital (Verón).

8. CARACTERÍSTICAS

Las características del derecho de receso son:

1) Es un derecho personal del accionista que no puede ser disentido por la sociedad.

Es decir que constituye una prerrogativa otorgada por la ley al accionista que no puede ser discutida por la sociedad.

2) Es un derecho irrenunciable e inderogable por los estatutos y es de orden público. Con respecto a este punto, discutido en doctrina, nuestra ley es clara y categórica: “es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio” (art. 1.092 in fine).

3) Este derecho puede ser ejercido por los accionistas presentes en la Asamblea que hayan hecho constar en el acta su oposición, dentro del quinto, y los ausentes, dentro de los quince días de la terminación de ellas.

Nos parece justo el derecho otorgado por la ley a los ausentes. La discusión podría plantearse en cuanto a la falta de publicidad; así como el derecho de receso que podría tener el poseedor actual de las acciones transferidas por el accionista original dentro de los quince días otorgados para el ejercicio del derecho de receso.

4) Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance aprobado, salvo que los disidentes, en el momento de ejercer su derecho solicitaren a este efecto su reajuste conforme a valores reales. El balance reajustado deberá ser aprobado por la asamblea dentro de los tres meses de vencido el plazo máximo para ejercitar el derecho de receso (art. 1.092, segundo párrafo).

El último “balance aprobado” a que se refiere el artículo, es el balance social del ejercicio vencido en que se calcula el capital neto resultante del activo social, dividendos, reservas deduciendo el pasivo

social. Es decir, que se abandona el sistema de balance especial que la fuente argentina acepta en casos de recesión causada por transformación, fusión o escisión. De todas maneras, resultaría sumamente injusto que el accionista recedente no perciba el “valor real” de sus acciones, sino el que resulte del último balance aprobado en que los valores no coinciden con los valores reales del patrimonio social, sobretudo en los tiempos de inflación en que siempre se impone una indexación o ajuste a los efectos de conservar “los valores reales” de las citadas acciones.

La Ley N° 22.903, modificatoria de la N° 19.550 estableció claramente que el “valor de la deuda se ajustará a la fecha del pago efectivo consagrando el ajuste en moneda contante del valor de la cuota que le corresponde al socio recedente” (Verón).

En nuestro Código, en principio, el reembolso se hace de acuerdo al último balance aprobado y sólo en el caso que los socios disidentes en el momento de ejercer el receso lo soliciten se realizaría el reajuste conforme a valores reales. Pensamos que este reajuste debería realizarse por medio de peritos a costa del recedente. Este balance deberá ser aprobado por la asamblea dentro de los tres meses de vencido el plazo máximo para ejercer el derecho de receso.

5) El plazo para el ejercicio del derecho de receso se computa desde la terminación de la asamblea respectiva, y no desde la inscripción de la modificación estatutaria, que dio el receso.

6) Según alguna jurisprudencia argentina, la acción de receso no puede subsistir con la acción de nulidad (Cámara de Comercio S.A., T II). Nos adherimos a esta tesis pues la consideramos excluyentes entre sí: o hay receso o impugnación.

7) Es de orden público, a tenor de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.092: “*Es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de suspensión*”.

9. IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA

Nuestro Código dedica cuatro artículos (1.098/1.101) al derecho de impugnación de las resoluciones de las asambleas. Estos artículos tienen su fuente en los artículos 2.377/2.379 del Código Civil Italiano de 1942, así como la ley argentina de sociedades comerciales N° 19.550, sin adoptar nuestro código las modificaciones introducidas por la ley argentina N° 22.903.

El artículo 1.098 dispone: *“Toda resolución de la asamblea que sea violatoria de la Ley, del estatuto o del reglamento puede ser impugnada por los directores, los síndicos, los funcionarios de contralor, y por los accionistas disidentes, lo que se hayan abstenido y los ausentes. También podrán impugnarla quienes votaron favorablemente, si su voto es anulable por vicios de la voluntad o la norma violada es de orden público.”*

La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el Juez competente de su domicilio dentro de los seis meses de la deliberación, o si está sujeta a publicación dentro de los seis meses de la última publicación. Este plazo no rige en caso de violación de normas de orden público”.

Según De Gásperi, el derecho de impugnación nace como protección a la minoría y del socio singular. El derecho de impugnación aparece también como una garantía para las minorías una medida contra el “cesarismo” de las mayorías asamblearias en perjuicio de los accionistas minoritarios en los casos de violación de la ley, del estatuto o del reglamento.

Richard, Escuti (h) y Romero, aclaran que: “Cabe advertir, por ende, que no se trata solamente de una impugnación por vicios de la forma, sino por toda violación, lo cual haría impugnabile tanto por acción como por omisión toda decisión que implique un apartamiento notorio del cumplimiento del objeto social, o cree la posibilidad de incumplirlo en lo sucesivo”.

No sería inoportuno referirnos a las nulidades como causales de la acción de impugnación. Las nulidades han sido consideradas como “materia turbulenta del derecho” o “como la más ardua de la jurisprudencia” por Vélez Sarsfield. Sin embargo, como lo afirma Verón, “los avances doctrinarios en la materia permiten afirmar que se han esclarecido varias dificultades como las nulidades asamblearias... (Verón). Para Zaldívar, “la necesidad de instituir un régimen específico para las nulidades que puedan afectar la formación y funcionamiento de las compañías mercantiles, se ha basado, especialmente en los siguientes factores: a) el principio de la conservación de la empresa; b) la especial conveniencia de dar seguridad y fluidez a las transacciones comerciales, cuando una de las partes es la sociedad; c) la necesidad de evitar perjuicios a terceros; d) en la cautela con que deben juzgarse las acciones de nulidad iniciadas contra las sociedades y resoluciones de sus órganos”.

Sassot Betes-Sassot, distinguen “Los principios generales que sirven para determinar la existencia o no de la nulidad de las decisiones asamblearias consideradas nulas y de las decisiones asamblearias consideradas anulables”.

La expresión “Toda resolución de la asamblea violatoria de la Ley, del estatuto o del reglamento...” utilizada por el Código engloba una gran variedad de causales de nulidad, que es necesario determinar.

Las nulidades pueden ser: a) absolutas: cuando lesionan derechos fundamentales del accionista o disposiciones expresas de los estatutos; b) pueden ser relativas: cuando la nulidad nace de violaciones formales exigidas para una normal constitución y desarrollo del acto asambleario, o transgresiones al derecho de información o deliberación existe una tercera categoría, la de los actos inexistentes, discutida en doctrina, y no admitida por nuestro Código pero que sin embargo, merece algunos párrafos. Según Verón “las resoluciones inexistentes, no producen efectos jurídicos y en ningún caso podrán producirlo. Los actos inexistentes se dan en los casos de falta efectiva de la reunión o de las formas esenciales para la convocatoria o la votación, estos actos no se confirman ni prescriben,

los actos nulos si son absolutos no se confirman, pero pueden ser confirmados si la nulidad es relativa, los actos anulables tienen validez mientras no sean atacados y anulados por sentencia, pueden ser confirmados y prescriptos”.

Enumeramos a continuación, las causas más importantes y frecuentes que suelen anular las resoluciones asamblearias:

- a) La falta de convocación de la asamblea por el órgano competente, o la omisión de la clase de asamblea (ordinaria o extraordinaria), el lugar de reunión, la fecha y hora de la misma, así como la publicación del Orden del día, la existencia del quórum legal requerido y mención del número de votos.
- b) Falta del depósito de acciones y del libro de asistencia de accionistas.
- c) No observancia del quórum legal para la constitución.
- d) Deben considerarse irregulares las resoluciones asamblearias tomadas después de un cuarto intermedio pasados los treinta días, o si concurrieron en la reanudación accionistas que no habían depositados sus acciones en la primera reunión, o si se pasó por segunda vez a cuarto intermedio (Verón).
- e) Privación a los accionistas del derecho de información referente al examen de las copias del balance con la cuenta de pérdidas y ganancias presentadas, documentos que deberán quedar depositadas en la sede social con no menos de 15 días de anticipación a su consideración por la asamblea, así como la omisión de suministrar copias de la Memoria de los administradores y del informe del Síndico (art. 88, Ley N° 1034, del Comerciante).
- f) Limitar al accionista el derecho de participar en las deliberaciones de la asamblea, a no ser reglamentaciones legales o estatutarias.
- g) El tratamiento de pautas no consignados en el Orden del Día salvo “taxativas excepciones” que la ley permite.
- h) Violación de las normas referentes al derecho al voto y las relativas al cómputo de los mismos y proclamación de resultados.
- i) La falta de confección del acta de la asamblea o de la firma de la misma es una violación formal subsanable.
- j) Aprobar mociones a “libro cerrado” sin deliberación.

- k) Errores en los cálculos de votos (arts. 1.066 y 1.090).
- l) Cuando se incurra “en abuso de poder”, este término aunque ambiguo se determina fácilmente en la práctica, se observan en conductas que sin ser violatorias de la ley son sin embargo, abiertamente discriminatorias entre los socios o directivos sociales, como sería si los directores se fijaran sueldos excesivamente elevados o enajenasen a un bajo precio los activos sociales.

10. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

Es discutida en doctrina si esta acción es individual o social. Adherimos a la opinión de Halperin, quien sostiene que la naturaleza social o individual de la acción depende del interés protegido de la naturaleza y causa de la impugnación pero en ambos casos la acción se promueve contra la sociedad, la que estará en juicio por intermedio de sus órganos representativos, conforme a sus propios estatutos.

Es una acción de orden público, inderogable y debe aplicarse con criterio restrictivo.

11. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EJERCER LA IMPUGNACIÓN

El artículo 1.098 enumera las personas que podrán ejercer la acción de impugnación como titulares:

- a) Los directores: El directorio como órgano, o cada uno de los directores puede y debe ejercer esta acción, que ataca resoluciones asamblearias promulgadas en violación de las leyes, los estatutos o reglamentos, este “poder-deber” es, a nuestro criterio inexcusable e incumbe al director en virtud del artículo 1.111 del Código Civil.

Es lógico que para ello los directores no tuvieron que haber intervenido en la ejecución de la resolución impugnada, salvo que sea violatoria del orden público o aquéllos hayan actuado bajo los efectos de un vicio de la voluntad (Nissen).

Si el Director impugnante tiene derecho en el momento de demandar y si posteriormente cesare en sus funciones este hecho no le hace perder su legitimación judicial.

- b) Los Síndicos: Están también legitimados los síndicos o el síndico. No lo estaban en nuestro antiguo Código. Esta atribución es inherente a las funciones de supervisor de los actos societarios. El artículo 1.124 inc. i) encomienda a los Síndicos “vigilar que los órganos den debido cumplimiento a las leyes, estatutos y decisiones de la asamblea”.
- c) Los funcionarios de contralor: El artículo 70 del Decreto Ley N° 37.269/30 dispone que: “El inspector que interviniera en la celebración de una o más asambleas, firmará el acta correspondiente, en que se hará constar si el acto se ha formalizado con las formalidades legales. Si observare alguna irregularidad, la hará notar a la Presidencia, si ella no subsanara, exigirá que se haga constar en el acta, lo que se hará bajo pena de sanción del artículo 11 de la Ley del 10 de julio de 1906”.

Esta Ley dispone en el mencionado artículo: “A todas las sociedades comprendidas en ésta, que se nieguen a ser inspeccionadas, oculten datos relativos al estado de su activo y pasivo e imposibiliten de cualquier modo la tarea de inspección, les será inmediatamente retirada la personalidad jurídica o la autorización que hubiere recibido del Gobierno para funcionar”.

El artículo 8 del Decreto Ley N° 37.269, dispone que el inspector comisionado que ha asistido a una asamblea, deberá presentar a la Inspección un informe detallado que se refiera a los puntos consignados en el artículo 6 del presente Decreto, mencionará el número de acciones depositadas, los votos que ellas representen, el número de accionistas concurrentes, los votos en pro y en contra de cada punto tratado, las resoluciones tomadas respecto de los mismos, las irregularidades observadas y otros datos o antecedentes como elementos de juicio. Acompañará con su informe sendos ejemplares de los documentos entregados a la asamblea”.

Por último, el artículo 9 del mismo Decreto-Ley, establece: “La Contaduría General tomará las providencias correspondientes en los casos que se dé cuenta en el informe presentado, que le será pasado por la Inspección de Hacienda, y cuya copia archivará ésta en el legajo de la sociedad respectiva, mas si se requiere la adopción de alguna medida de orden superior, aquélla la elevará al Ministerio”.

Se observa que la posibilidad de impugnación oficial se da en nuestra legislación, como culminación de una fiscalización bastante rigurosa por la Inspección de Hacienda. El Ministerio, por vía judicial y no administrativa deberá hacer declarar la nulidad de la asamblea, cuando correspondiera.

d) Los accionistas disidentes, los que se hayan abstenido y los ausentes.

- 1) Nuestro Código, igual que el Código Italiano, utiliza, refiriéndose a los accionistas disconformes o que votaron en contra, la palabra “disidente”, que no nos parece adecuada desde el punto de vista estrictamente gramatical (“separarse de la común doctrina, conducta o creencia”).

Se refiere este párrafo del artículo a los accionistas presentes que votaron por el rechazo de la moción que pretenden impugnar.

- 2) También tendrán derecho a esta acción, los socios abstenidos, es decir, aquéllos que habiendo asistido a la asamblea no hayan emitido voto alguno respecto a la moción que diera como resultado la resolución impugnada.

La Ley Argentina (22.903) excluyó a esta categoría entre los que pueden intentar la acción de nulidad. Nos parecen acertadas las opiniones de Verón: “queda claro que el accionista abstenido carece de este derecho, pues no basta que concurra a la asamblea y se abstenga de votar, lo que la normativa societaria quiere es que vote en contra y haga constar en acta su oposición, para destacar la posibilidad de quien habiendo asistido a la asamblea no se haya opuesto enérgicamente al acuerdo de la mayoría”.

Tampoco la legislación italiana concede este derecho a los que se hubieren abstenido de votar.

- 3) Nuestro código, siguiendo al italiano (art. 2.377) considera comprendidos a los accionistas que no asistieron a la asamblea, o que habiendo asistido se hubieran retirado de ella, pero siempre acreditando su calidad de accionistas al tiempo de la decisión impugnada. Nuestra ley comprende a los "ausentes", sin ninguna especie de discriminación, pero debemos considerar que deben acreditar su calidad de accionistas al tiempo de la impugnación.
- 4) Accionistas que votaron favorablemente: Si su voto es anulable por vicios de la voluntad o la norma violada es de orden público es decir que el Código somete el ejercicio de la acción de impugnación a dos condiciones: a) que el voto sea anulable por vicios de la voluntad. Según Halperin, debe reconocerse la titularidad a todos los accionistas, incluso a los que votaron a favor de la decisión impugnada, porque: 1) la ley les impone una responsabilidad, y debe responsabilidad, 2) puede haber ignorado el vicio de la decisión.

El derecho asignado al socio en este caso, es más controvertida en doctrina, pero gran parte de los autores italianos y argentinos aceptan su viabilidad.

La Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Argentina N° 19.550 considera su validez e incluso cita como ejemplo el caso que un accionista vota favorablemente y su voto está viciado de nulidad, (verbigracia, error por el informe falso del directorio) (Zunino). Situación parecida sería el caso de que el accionista votase favorablemente la distribución de dividendos ficticios, ignorando tal calidad. Cuando se vulneran principios de orden público, ya sea conocido o ignorado el carácter del hecho discutido, v. gr.: cuando se aprueba una moción que restrinja el derecho de receso.

Aunque el artículo no lo exprese claramente no hay duda que los terceros también tienen derecho de impugnar resoluciones que

afecten sus derechos crediticios, “pues sólo la asamblea toma decisiones que en alguna forma reducen maliciosa o fraudulentamente las garantías de sus créditos, pueden impugnarlas o paralizarlas” (Zunino). Los debenturistas pueden impugnar las resoluciones de las asambleas.

12. ¿CONTRA QUIÉN PROCEDE LA ACCIÓN?

En su párrafo segundo, el artículo 1.098 de nuestro Código, dispone que la acción se promoverá contra la sociedad, por ante el Juez competente de su domicilio, dentro de los seis meses de la deliberación o si está sujeta a publicación, dentro de los seis meses de la última publicación. Este plazo no rige en caso de violación de normas de orden público.

Este párrafo cuyas fuentes son: el Código Civil Italiano (art. 2.378); el Anteproyecto De Gásperi (art. 1.705); la Ley Argentina N° 19.550 y el artículo 1.098 del Anteproyecto de la Comisión de Codificación, difiere, sin embargo, en la redacción y en su contenido de sus fuentes extranjeras. En primer término, el mismo expresa que la acción de impugnación se promoverá contra la sociedad (y no contra los socios); sin embargo, hay dos hipótesis en que se puede demandar también a los accionistas: cuando se les imputa haber votado, pese a tener, en el punto, un conflicto de intereses con la sociedad (Nissen) y también el caso contemplado por nuestro artículo 1.101. La acción se promoverá ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Turno, del domicilio de la sociedad. Ésta actuará por medio de sus representantes designados en los estatutos.

Debe, pues, comprenderse que toda acción de impugnación debe promoverse ante las autoridades judiciales y no ante los órganos de administración o jurisdicción administrativa.

El plazo para la promoción de la acción es de seis meses de la deliberación entendiéndose este término como aprobación del acto impugnado, y está sujeta a publicación, desde los seis meses de la última publicación. Es decir, que la acción puede promoverse a los seis meses de la clausura del acto asambleario, y si los estatutos

prevén la publicación de las deliberaciones, el plazo para el ejercicio de la acción, comenzará a correr a partir de los seis meses de la citada publicación. Esta última posibilidad es inconveniente, pues posponiendo indefinidamente la publicación podrá dilatarse sin término el ejercicio de la acción.

Transcurridos los plazos indicados, sin haberse intentado la acción, gran parte de la doctrina entiende que se produce la caducidad más no la prescripción de la misma.

13. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN

El artículo 1.099 determina que: El Juez podrá suspender, a pedido de parte, si existieren motivos graves, la ejecución de la resolución impugnada con garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad, y sin perjuicio de terceros.

La parte afectada podrá solicitar al Juzgado la suspensión de la ejecución de la resolución cuestionada; ésta es una medida grave que debe interpretarse restrictivamente y sólo en los casos que se acompañan documentos y probanzas del supuesto perjuicio sufrido por el solicitante; algunos autores la consideran como una acción-incidente, esto es accesoria de la acción principal de impugnación de la resolución (MANGONI, Luigi. "Inadmisibilidad de reclamación al Tribunal por producción de suspensión de la deliberación impugnada por la asamblea", Revista de Derecho Comercial. Milán. Volumen III s.d.).

Es en realidad, una medida cautelar, pero con características propias, pues lejos de ser preventiva, ella tiende a suspender de entrada la ejecución de los actos impugnados. Afecta no sólo los derechos e intereses de la sociedad misma sino de terceros extraños a la relación accionista-sociedad, como podrían ser los acreedores. Por eso debe aplicarse con suma cautela y en los casos en que se comprueben acabadamente circunstancias realmente graves que pueden afectar los derechos del socio impugnante. Las violaciones a

la Ley o estatutos deben estar claramente expuestos para demostrar tales “hechos graves”.

14. GARANTÍA A PRESENTARSE

La suspensión de la ejecución de la resolución impugnada decretada por el juez, a pedido de parte en los casos que mediaren motivos graves, debe efectuarse bajo garantía suficiente de responder por los daños que esta medida pudiera causar a la sociedad, y sin perjuicio de terceros. Debe, pues, efectuarse a pedido de parte, mediando motivos graves y ofrecerse una “contracautela” por los perjuicios que pudiera sufrir la sociedad, previamente.

Martorell sostiene, que, promovido el juicio y prestada la garantía, la acción se suspenderá hasta el vencimiento del plazo legal de caducidad para el ejercicio de acciones semejantes, es decir (en nuestro caso), seis meses desde la clausura de la asamblea a los fines de las acciones que puedan intentarse. Por ello, el directorio deberá informar la existencia de otro o de los otros (Arecha-García Cuerva), integrándose así un litis consorcio activo necesario (Richard, Escuti y Romero).

El artículo en su última parte establece como condición para la suspensión, que ella sea “sin perjuicio de terceros”, si no existiera perjuicio a terceros que no estuviesen vinculados al litigio. Interpretamos que si la suspensión fuera solicitada con posterioridad a la ejecución adoptada, sólo los terceros que hayan contratado de buena fe tienen derecho a que se respete lo actuado o a la indemnización de daños y perjuicios pertinente.

15. ACCIÓN INTENTADA POR LA MAYORÍA DE DIRECTORES

En los casos en que la acción sea intentada por la mayoría de los directores, los accionistas que votaron favorablemente designarán por mayoría un representante “ad hoc” en asamblea convocada especialmente al efecto.

Si no se alcanzara esa mayoría, el representante será designado de entre ellos por el Juez (art. 1.100). En el caso mencionado se formará una asamblea especial para designar por mayoría un representante especial por los accionistas que votaron favorablemente. Si no se pudiese alcanzar esa mayoría, el Juez designará el representante entre los accionistas.

16. RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS

El artículo 1.101 determina la responsabilidad solidaria e ilimitada de los accionistas, que conociendo el vicio, hubieren votado favorablemente las resoluciones que se declaren nulas, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a los directores y síndicos.

Es decir, que la ley coloca en un mismo nivel de responsabilidad a los accionistas, directores y síndicos. La frase “que conociendo el vicio” no figura en las fuentes argentinas y hace más difícil la atribución de responsabilidad a los nombrados. No aceptamos que los derechos de los terceros de buena fe y a título oneroso puedan ser afectados por las declaraciones de nulidad. Pero aceptamos que los accionistas, directores y síndicos, “aunque no fuera a sabiendas” que votaron favorablemente, tienen responsabilidad por los eventuales daños causados. En el supuesto de nulidad de las decisiones asamblearias, la ejecución de la decisión nula no afecta la acción de impugnación ya que siempre subsiste la responsabilidad por los daños causados.

17. REVOCACIÓN DEL ACUERDO IMPUGNADO

“La asamblea podrá revocar el acuerdo impugnado. Esta resolución surtirá efecto inmediatamente y no procederá la iniciación o continuación del proceso de impugnación. Subsistirá la responsabilidad por los efectos producidos, o que sean su consecuencia directa” (Art. 1.101, segunda parte)

Una asamblea posterior puede dejar sin efecto el acuerdo o resolución impugnada, produciendo como consecuencia la no iniciación del juicio o la suspensión del mismo si ya se hubiere

iniciado. Sin embargo, subsistirá la responsabilidad por los efectos producidos por el acuerdo que sean su consecuencia directa.