

Contribución al estudio de las acciones de impugnación de asambleas y de decisiones asamblearias en la ley 19.550*

Por Carlos A. Vanasco

1. La asamblea. El órgano. El interés social

Antes de entrar a considerar el aspecto central de este trabajo, enunciado en su título, que constituye de por sí “materia tan vidriosa”¹, parece necesario efectuar algunas precisiones acerca de lo que ha de ser el objeto de la impugnación que prevé el art. 251 de la ley de sociedades comerciales 19.550, esto es, la asamblea de accionistas de una sociedad por acciones².

Para ello debemos aceptar, en coincidencia con la mayoría de la doctrina nacional, que la asamblea constituye un órgano de la sociedad por acciones, a través del cual actúa la expresión de voluntad del sujeto de derecho que nace del contrato plurilateral constitutivo de esa sociedad. En palabras de Gervasio R. Colombres, el organicismo, referido en este caso el órgano como componente técnico de derecho societario, “es el régimen de imputabilidad al orden jurídico especial denominado sociedad”³. Se trata, sin embargo, de un decidir o de un obrar de individuos, con la diferencia de que no acontece, en el caso de estar organizados según un orden normativo, una decisión o un obrar en forma individual, sino en forma colectiva, o sea, de acuerdo con la regulación prevista en el orden jurídico parcial determinante de la comunidad que se presenta como persona colectiva⁴.

La recurrencia a la teoría del órgano no constituye sino el medio de adoptar un recurso técnico adecuado, necesario como instrumento válido para que, en el caso de la asamblea, pueda expresarse la llamada voluntad (no psicológica, sino jurídica) social, imputable al sujeto colectivo y no al propio órgano.

Sin embargo, se debe recordar que la sociedad no constituye un ente abstracto que se sitúa fuera de la esfera de interés de las personas que la componen, ya que también conforma un sistema de medios técnicos contemplados por el ordenamiento jurídico para una eficaz y dinámica actuación de un grupo de individuos comprometidos a emprender una actividad económica lucrativa.

De ello se sigue que la actividad del órgano, que lo es de la persona jurídica, será la de las personas que lo invisten, por lo que éstas influyen con su manifestación de voluntad en la esfera de una persona distinta, lo que exige que esa expre-

* Publicado en “90 aniversario. Inspección General de Justicia”, Ministerio de Justicia de la Nación, 21/11/83.

¹ Exposición de motivos de la ley de sociedades anónimas española.

² Aplicable igualmente a las decisiones provenientes de reuniones de socios de una sociedad de responsabilidad limitada, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 159, párr. 2°, de la ley 19.550.

³ Colombres, Gervasio R., *Curso de derecho societario. Parte general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1972, p. 143.

⁴ Colombres, *Curso de derecho societario*, p. 145 y 146.

sión se encuentre dirigida a satisfacer el fin propio de esa persona y no un interés diverso, ya sea del mismo órgano o de terceros⁵.

Pero ese fin propio tampoco es abstracto o ajeno al de la comunidad que subyace en el sujeto jurídico, sino que es el interés real y propio de las personas que la componen, por lo que toda deliberación, declaración o decisión que emane del órgano debe encontrar su fuente y su fin en la satisfacción de ese interés que ha sido, en definitiva, la causa jurídica del contrato que los liga.

Dentro de la concepción clásica, ese interés no es otro que el denominado “interés social”, al que se define como el común a los socios que propende a la realización del objetivo buscado con la constitución de la sociedad.

Sin entrar a considerar en profundidad el concepto de “interés social”, dado que el análisis de tal aspecto excedería los límites del trabajo aquí propuesto, se podría recordar que ha sido definido como “el objetivo común a los socios, conforme al fin social y en un momento histórico dado”⁶. Según una opinión corriente, el interés de la sociedad se conceptúa como aquel que tiene por objeto simplemente la realización de la máxima utilidad por parte de la sociedad entendida como ente distinto de los socios, debiéndose aclarar que cuando se habla de interés de la sociedad sólo se utiliza esta expresión en sentido metafórico, por cuanto los intereses pertenecen siempre a sujetos humanos, por lo que intereses de la sociedad no son sino una particular categoría de intereses de los socios, calificados a veces como “intereses sociales”, que pueden ser comunes o individuales y que se contraponen a los intereses extrasociales⁷. Por consiguiente, como interés social debe entenderse suprimir el interés común o colectivo de los socios a obtener, a través de la sociedad, la máxima utilidad con el mínimo aporte necesario a ese fin⁸.

Esa postura, se señala, constituye un aporte útil a la clarificación del concepto de interés social, que ha de ser eficaz para la aplicación práctica del principio, cuando se trate de determinar si determinada decisión asamblearia resulta idónea para satisfacer o no el interés común o colectivo de los socios.

2. El principio mayoritario

No es ajeno a los aspectos que se han considerado precedentemente, vinculados con la expresión de la voluntad social entendida como exteriorización del interés común o colectivo de los socios, otro carácter que constituye también un expediente técnico jurídico, característico del operar societario, cual es el principio mayoritario establecido precisamente como medio para que a través de él se declare la voluntad del ente colectivo.

⁵ Ferri, G., *Ecceso di potere e tutela delle minoranze*, “Rivista de Diritto Commerciale”, vol. XXXII, 1943, 1ª parte, p. 739.

⁶ Halperin, Isaac, *La reforma de las sociedades comerciales*, RDCO, 1972-616 y *Nuevo régimen legal de la sociedad anónima*, RDCO, 1973-523.

⁷ Trimarchi, Pietro, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, Giuffrè, p. 146, n° 7 y p. 188, n° 10.

⁸ Mengoni, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi*, “Rivista delle Società”, 1956, p. 122.

Se trata, en este caso, de una herramienta dirigida a concretar la expresión de la voluntad del órgano asambleario y, por lo tanto, instrumento de gestión económica de la sociedad, que se basa en una relación correspondiente entre poder y riesgo, lo que se evidencia en el hecho de que la influencia que se atribuye al voto depende, como principio, de la entidad de la participación que tiene el socio. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el principio mayoritario, si bien es –como se ha dicho– un instrumento técnico del operar societario, a través del cual se expresa la voluntad social, no se encuentra dirigido a imponer mecánicamente, por la mera influencia del poder de voto, el criterio de la mayoría sobre el de la minoría, ya que debe traducir, en realidad, la prevalencia del interés común sobre cualquier interés particular de los socios. De ahí que el principio sólo encuentra justificación y legitimidad cuando la expresión de la mayoría coincide con el interés social, identificado como el interés común o colectivo de los socios. Por consiguiente, se encuentra afectado en su esencia este principio, cuando se lo intenta aplicar despojado de esos caracteres, como ocurre cuando se lo esgrime como un mero instrumento que se pone al servicio de la mayoría para el logro de los fines propios y particulares de ésta⁹.

El principio mayoritario, por su estructura, naturaleza y funcionamiento, es susceptible de provocar un enfrentamiento entre los diversos intereses que se mueven y juegan en el seno de toda sociedad. Y así pueden aparecer conflictos entre los intereses del grupo mayoritario y los de la sociedad como sujeto autónomo, o entre los de aquel sector y el que conforma la minoría, o también entre los intereses de la mayoría encontrados con derechos individuales de los socios. Tratándose, como se ha visto, de intereses que en definitiva son los de las personas que participan en la sociedad, una decisión asamblearia adoptada sobre la base de la expresión de voluntad de la mayoría de aquéllas (en términos de capital, se entiende) puede dar lugar a situaciones conflictivas como las señaladas.

Tal enfrentamiento de intereses, entre los del grupo mayoritario y la sociedad, se daría en el supuesto de que considerase la aprobación de un negocio entre la sociedad y los socios mayoritarios que fuera beneficioso para éstos y perjudicial para aquélla. De ahí que la situación descrita se encuentre generalmente contemplada en la ley, como ocurre en el art. 248 de la ley 19.550, norma ésta que impone, dada la hipótesis, la obligación de abstenerse de votar a los socios que tengan tal interés encontrado.

La colisión de intereses entre el grupo mayoritario y el minoritario puede advertirse en los casos en que se adoptan resoluciones tales como aquella que decide la disolución anticipada de la sociedad –que interesa a los integrantes de aquel sector y no a éste– o la que declara el retiro de la sociedad del régimen de oferta pública o cotización de las acciones, etcétera.

En punto a decisiones que adoptadas por la mayoría pueden afectar derechos individuales de los accionistas, pueden citarse aquellas que se vinculan con la suspensión del derecho de suscripción preferente, a la libre transferibilidad de las acciones y toda otra que afecte los derechos del accionista como tal.

⁹ Pavone La Rosa, Antonio, *Profili della tutela degli azionisti*, "Rivista delle Società", año X, fasc. 1, 1965, p. 97 y 98.

Acerca de este tema, se han tipificado tres distintas situaciones que se refieren a la posición del socio frente a la sociedad.

a) Situaciones jurídicas individuales reguladas por normas inderogables y que, por lo tanto, se hallan totalmente sustraídas al poder de la colectividad, la que no puede por ello disponer la modificación de los derechos del socio. Tal sería, por ejemplo, la situación del accionista a quien el régimen legal típico de la sociedad anónima le asegura su responsabilidad limitada al aporte efectuado y que en manera alguna podría ser alterado por la voluntad de la mayoría.

b) Situaciones en la que los intereses individuales vinculados con la sociedad se encuentran en posición de subordinación respecto de los intereses colectivos y que, por lo tanto, quedan sometidos a las decisiones que adopte la comunidad. Se daría esta hipótesis en el caso de que la asamblea de accionistas decidiese no repartir utilidades para constituir reservas, privándose al socio de su derecho al dividendo.

c) Y una tercera situación, que navegaría entre las dos anteriores, se da cuando se trata de intereses individuales de los socios y de los del grupo, pero que deben concurrir paritariamente para que éste pueda disponer de aquéllos. En estos casos, para la eficacia de la decisión de la colectividad debe contarse con la adhesión o conformidad del socio. Por ejemplo, en los supuestos en que se intentara modificar el modo de circulación de las acciones o emitir acciones preferidas que afecten los privilegios de accionistas también tenedores de ese tipo de acciones emitidas con anterioridad¹⁰.

Hemos querido hacer una brevísima reseña de los aspectos precedentemente tratados, no para agotar ni mucho menos la temática vinculada con los conceptos de voluntad e interés social, con la estructura y finalidad del principio mayoritario, o con la diversidad de intereses, ya sea de carácter colectivo, individuales o extrasocietarios que se mueven con ocasión de la existencia de una sociedad, sino meramente para resaltar que un análisis completo de las cuestiones vinculadas con la impugnación de asambleas no puede ignorar esos presupuestos que hacen en definitiva a la causa del negocio jurídico de naturaleza societaria que constituye la declaración asamblearia y contra el cual se ha de dirigir la acción de invalidez.

Con ello se quiere advertir, en principio, que las impugnaciones encaminadas a fulminar la eficacia de las decisiones de la asamblea tienen por objeto atacar un acto jurídico de particulares características, las que le son dadas por la naturaleza colegial de él y la circunstancia de que se trata de la declaración imputable a un sujeto resultante de un orden jurídico especial.

La aprehensión de los diversos conceptos que constituyen el soporte jurídico de la declaración de voluntad de la asamblea como órgano de la sociedad anónima y a la que se llega a través de un proceso, asume relevancia cuando se advierte que el campo relativo a la invalidez de tales declaraciones no comprende únicamente aquellos supuestos en los que se imputa un vicio en ese proceso de formación de la voluntad (tal como sería la ausencia o defecto de la convocatoria a asamblea o la inexistencia de quórum suficiente para sesionar o de mayoría necesaria para deci-

¹⁰ Fargosi, Horacio, P. - Vanasco, Carlos A., *El principio mayoritario y los derechos individuales de los accionistas*, "Impuestos", t. XXXIX, 1981, p. 1509 a 1514.

dir), sino que también alcanza a aquellos supuestos en los que la declaración misma (aun adoptada con todos los recaudos formales suficientes como para que pueda reputarse válida) adolece de ineficacia en vistas a su contenido propio, que no satisface adecuadamente el orden jurídico, no ya general sino también aquel estrechamente vinculado con el fenómeno societario y sus presupuestos básicos, ya que como lo destaca la Exposición de Motivos de la ley de sociedades anónimas española “el postulado de la soberanía de la junta general de accionistas” no debe impedir “que los acuerdos de este social puedan ser combatidos judicialmente cuando exista en ello un interés digno de protección jurídica”.

Debe anticiparse aquí que, no obstante lo expuesto, es asunto intensamente debatido en la doctrina especializada y en la jurisprudencia el de la posibilidad de impugnar los acuerdos asamblearios cuando se atacan en razón de su contenido, especialmente si la observación de ilegitimidad se fundamenta en que la decisión es lesiva de los intereses de la minoría por alegarse abuso o exceso de poder por parte de quien ejerce el control mayoritario, o se cuestiona la validez de la decisión por ser contraria a los intereses de la sociedad o al interés social, ya que se sostiene la incompetencia de la autoridad judicial para expedirse acerca de un juicio de oportunidad o conveniencia, porque tal cuestión debe estar vedada al juez para que la sociedad conserve la autonomía plena en la determinación de su propia gestión, materia en la que el magistrado carece de preparación específica y conocimientos técnicos adecuados al campo de los negocios que desarrolla la sociedad. Por otro lado, se argumenta a favor de la tesis que reconoce tal posibilidad al órgano jurisdiccional que éste se encuentra habilitado para llevar a cabo un juicio de legitimidad sobre la decisión, determinando la existencia de la situación objetiva de la cual la ley hace depender el poder de la mayoría, sin que ello importe una investigación sobre la oportunidad o conveniencia del acto.

3. Contenido de la acción de nulidad en la ley 19.550

La ley de sociedades comerciales admite la acción tendiente a impugnar las deliberaciones asamblearias en el art. 251, el que, luego de la reforma introducida por la ley 22.903 preceptúa: “Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada”. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad.

También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor.

La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el juez de su domicilio, dentro de los tres meses de clausurada la asamblea.

En esta norma se concreta todo el régimen legal societario en materia de invalidez asamblearia, ya que las disposiciones subsiguientes (no modificadas por la ley de reformas) se refieren a aspectos meramente formales derivados de la impugnación, como el art. 252 que autoriza la admisión de medidas cautelares para la suspensión preventiva de la ejecución de la resolución impugnada; el art. 253 que im-

pone la acumulación de las distintas acciones promovidas y prevé la designación de representantes “ad hoc”, y el art. 254, en el que se contempla la responsabilidad de los accionistas y la revocación del acuerdo impugnado.

La acción impugnativa se encuentra dirigida, según puede verse, a atacar de nulidad las resoluciones de la asamblea. Se trata, por consiguiente, de una demanda que sólo puede tener por pretensión que el tribunal anule la decisión asamblearia, por lo que inevitablemente debe concluirse que la ley sólo ha contemplado como medio para restar validez a la declaración de voluntad del órgano la sanción legal, común a todo negocio jurídico, por la que se priva a éste de sus efectos en virtud de una causa existente al momento de su celebración, noción ésta que comprende el concepto clásico de nulidad de los actos jurídicos¹¹. Por consiguiente, la acción se promueve sobre la base de la alegación de una causa eficiente generada en el momento de celebrarse o concretarse el acto en virtud de la cual éste ha de declararse carente de sus efectos propios. Se trata, pues, de la ineficacia del acto impugnado por la existencia de un motivo genético vinculado con su celebración.

El régimen general que abarca la materia vinculada con la nulidad de los actos jurídicos debe hallarse, necesariamente, en el Código Civil y a él debe recurrirse cuando se trate de una impugnación formulada en los términos del art. 251 de la ley de sociedades, ya que la legislación societaria no contiene normas específicas vinculadas particular y concretamente con la nulidad de los actos y decisiones asamblearias. Es decir que no existen normas legales que se refieran a esta impugnación de nulidad en la propia ley de sociedades, porque cuando ésta se refiere a la nulidad de las decisiones de la asamblea, está aludiendo a la nulidad de los actos jurídicos en general, conforme lo entiende y regula el derecho común con relación a todos los actos jurídicos celebrados en violación de los requisitos exigidos para su existencia, concluidos con vicio o defecto al que la ley le atribuye ineficacia, o concertados con prohibición de que se celebre el acto¹². Esto nos lleva a que, en definitiva, la acción autorizada por el art. 251 deba ser analizada, para determinar su procedencia o improcedencia, a la luz de las normas y principios que informan el aludido régimen jurídico común, examinando si el supuesto de hecho producido y que da lugar a la impugnación que se deduce es de aquellos que afectan genéticamente la validez del acto celebrado, esto es, la asamblea o la eficacia de la declaración emitida por ese órgano, o sea, la decisión adoptada por la mayoría. En cada caso, deberá examinarse la existencia o no de una causa eficiente, actuante en el momento de la celebración del acto o de emitirse la declaración, para afectar la regularidad de tales actos y producir, en consecuencia, su nulidad.

Por consiguiente, el nudo de la cuestión está en poder determinar en cada caso lo que ha de constituir causa eficiente de invalidez de la asamblea o de la decisión, y para ello no queda otra alternativa que recurrir a la calificación que la ley civil hace de los actos afectados en su validez, a efectos de proyectar su normativa sobre el acto societario impugnado. Sin embargo, la aplicación del régimen relativo a las nulidades de los actos jurídicos no es sencilla ni fácil, tratándose de actos jurídicos tan especiales como lo son la asamblea de accionistas o sus decisiones, ya que en és-

¹¹ Salvat, Raymundo L. - López Olaciregui, José M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Bs. As., t. II, Tea, 1964, p. 725.

¹² Salvat - López Olaciregui, *Tratado*, t. II, p. 749.

tos inciden las particularidades derivadas del hecho de que se trata de negocios jurídicos complejos, caracterizados por su forma de celebración, ya que dependen de un proceso de formación reglado por la ley, por su modo de conclusión, ya que resultan de la participación de quienes como accionistas concurren a llevarlo a cabo y lo hacen a través de la aplicación del principio mayoritario, para lograr una declaración única, y, en definitiva, por su instrumentación, desde que todo ello debe volcarse al acta prevista como medio solemne de receptar lo actuado. Si a todo ello unimos el hecho de que en realidad ese acto jurídico, resultante de tan variada conjunción de elementos y condiciones, es imputado a un sujeto de derecho distinto a aquellos que lo produjeron, habrá de advertirse la enorme dificultad que implica referenciar los supuestos de nulidad previstos en la ley civil pensados por el legislador en atención a la problemática de los negocios jurídicos bilaterales y unilaterales, a los actos de naturaleza societaria o colegial.

Si repasamos brevemente el régimen legal referente a la nulidad de los actos jurídicos, se ha da advertir que el Código Civil –cuerpo normativo en el que se trata la materia– califica a los actos celebrados defectuosamente como actos nulos o anulables, según sea la causa eficiente de la nulidad manifiesta y rígida o no manifiesta y elástica¹³ o, desde otro punto de vista, según que el acto carezca de un elemento esencial o dependa su invalidez de una pretensión accionable por aquel a quien la ley le otorga el derecho a atacarlo en su presunta eficacia¹⁴. Los supuestos de actos nulos se mencionan en los arts. 1041 a 1044 del Cód. Civil, mientras que los actos reputados como anulables se consignan en el art. 1045 del mismo cuerpo.

Al respecto se sostiene que en los casos de actos nulos no es menester que la nulidad haya sido “juzgada”, conforme a lo dispuesto por el art. 1038 Cód. Civil, por cuanto ella existe de pleno derecho, sin necesidad de que sea declarada por la autoridad judicial. Hay en este caso una conexión directa entre la causa (ley invalidante) y el efecto (nulidad del acto) y no se requiere la intervención judicial configurativa del vicio, aun cuando a veces sea necesaria dicha intervención no ya para operar el efecto ideal consistente en tener por invalidado el acto, sino para cumplir otros efectos que son consecuencia de la nulidad (v.gr., para declarar la invalidez de otro acto posterior consecuencia o efecto del acto nulo). En tales casos esas realidades posteriores al acto han adquirido vida propia y distinta del acto que las produjo y el sujeto interesado en la nulidad tiene que destruirlas, para lo cual tiene que recurrir a la autoridad, ya que no le es dado actuar por sí mismo¹⁵. Sin embargo, a la nulidad (que es un resultado) no se llega automáticamente por la sola existencia del defecto invalidante (que es una causa), aunque sea manifiesto, sino por la actuación de éste en virtud de un acto de voluntad (denuncia) que eventualmente dará lugar a un proceso meramente declarativo, por lo que puede decirse que a la causa de la nulidad hay que actuarla, ya sea por vía de excepción o por medio de denuncia¹⁶.

Estos conceptos asumen especial importancia e interés en el caso de la acción de impugnación de nulidad prevista en el art. 251 de la ley de sociedades, en razón de que la norma citada sujeta al ejercicio de dicha acción a un plazo de caducidad,

¹³ Salvat - López Olaciregui, *Tratado*, t. II, p. 737 y 765.

¹⁴ Spota, Alberto G., *Tratado*, t. I, vol. 3, p. 715.

¹⁵ Salvat - López Olaciregui, *Tratado*, t. I, p. 748.

¹⁶ Salvat - López Olaciregui, *Tratado*, t. I, p. 748.

por lo que la cuestión sobre si la nulidad que afecta al acto nulo debe o no ser actuada o denunciada por el interesado en sostener la invalidez del acto se encuentra estrechamente vinculada con la posibilidad de hacer declarar la nulidad con posterioridad al plazo de caducidad o de hacerla valer contra la sociedad, también vencido ese término, por vía de excepción.

Al respecto entendemos que la sola circunstancia de tratarse de un acto que puede ser calificado como nulo por tipificar un presupuesto previsto como tal por la ley, no permitiría su impugnación por quien se encontraría autorizado a hacerlo, una vez vencido el plazo de caducidad contenido en el art. 251, ya que si, como se ha visto, el interesado en sostener la ineficacia del acto debe instar el proceso declarativo de tal irregularidad, se encuentra constreñido a efectivizar esa denuncia dentro del término que la ley fija, dado que si no pierde la facultad de “actuar” la nulidad. No obsta a tal conclusión la circunstancia de que el art. 1058 *bis* del Cód. Civil establezca que la nulidad o anulabilidad, sea absoluta o relativa, puede oponerse por vía de acción o de excepción, desde que la facultad de atacar el acto nulo debe considerarse subordinada a lo normado por el citado art. 251, que establece, por razones de seguridad jurídica, un plazo determinado especial para el ejercicio de la acción de nulidad allí contemplada, atendiendo principalmente a que se trata de atacar un acto del cual emana un declaración de voluntad de un sujeto colectivo, por lo cual resulta indiferente que la causa de la nulidad que se invoque sea manifiesta y rígida o no.

Desde otro punto de vista, la ley civil contempla la categoría de actos anulables (art. 1045) que son aquellos que, por adolecer de ciertos defectos, pueden ser invalidados, por lo que, se sostiene, para llegar a ese resultado (situación de nulidad) es necesario cumplir una actividad jurisdiccional invalidante y si no se impugna el acto cuestionado o caduca o prescribe la acción o falla la prueba, se agota la fuerza invalidante de que el defecto estaba dotado¹⁷. En los actos anulables, el acto presenta todas las apariencias de haber sido otorgado en condiciones regulares, pero en realidad adolece de vicios o defectos que, probados, caen bajo la sanción de ineficacia impuesta por la ley. En consecuencia, en este caso, quien invoca la existencia de una causa invalidante del acto debe acreditarla quedando librada, la apreciación de su existencia en definitiva, al criterio del juez¹⁸. Consecuencia de lo expuesto es que, tratándose de actos anulables, no cabe duda que hallándose a cargo de quien invoca la causa invalidante la carga de acreditarla ante la autoridad judicial, la pretensión se encuentra sujeta al plazo de caducidad que fija el art. 251 de la ley de sociedades, ya que si no promueve la acción dirigida a tal objetivo, el acto queda desembarazado de los efectos invalidantes que los defectos autorizaban a esgrimir.

Al lado de las categorías de actos nulos y anulables, nuestra ley civil contempla la existencia de actos que adolecen de nulidad absoluta o afectados de nulidad relativa.

El Código no menciona ni tipifica los posibles casos de nulidad absoluta o relativa, por lo que la calificación que al respecto corresponda queda librada a la doctrina y a la jurisprudencia, lo cual da lugar a las más serias dificultades¹⁹. No obstante, establece los caracteres de una y otra clase de nulidad en los arts. 1047 y 1048. Así,

¹⁷ Salvat - López Olaciregui, *Tratado*, t. II, p. 749.

¹⁸ Salvat - López Olaciregui, *Tratado*, t. II, p. 745.

¹⁹ Salvat - López Olaciregui, *Tratado*, t. II, p. 752.

las siguientes son consecuencias de la nulidad absoluta de que adolece un acto: 1) puede ser declarada de oficio y además a petición de todos aquellos que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, y del ministerio público; 2) es insusceptible de confirmación; 3) la acción es irrenunciable, y 4) es imprescriptible. Por otro lado, los caracteres de la nulidad relativa son: 1) no puede ser declarada de oficio ni a petición del Ministerio Público y sólo puede ser requerida por la parte en cuyo beneficio se ha establecido por la ley; 2) es susceptible de confirmación; 3) la acción es renunciable, y 4) es susceptible de prescribir²⁰. De lo hasta aquí expuesto se desprende que las dos clasificaciones (actos nulos y anulables y actos de nulidad absoluta y resolutive) responden a ideas diferentes y son independientes entre sí, no existiendo confusión entre tales categorías, por lo que puede concluirse que hay actos nulos de nulidad absoluta y actos nulos de nulidad relativa y, a la inversa, actos anulables con nulidad absoluta y actos anulables con nulidad relativa²¹.

Cabe señalar, por último, que frente a las categorías o clases de nulidades que según la doctrina prevaleciente en nuestro medio existen previstas en la ley común, puede hablarse también de lo que se han dado en llamar “actos inexistentes”, noción ésta que el Código Civil no menciona ni erige como causal posible de nulidad. No obstante, se afirma que ese silencio no descarta que el intérprete pueda distinguir la no existencia de un acto como situación distinta de la que resulta de su invalidez, ya que la falta de texto legal no podría oponerse, porque se trata de una simple entidad de la razón, lo que hace que la inexistencia no sea una forma de nulidad sino una noción autónoma²².

Al respecto, es oportuno señalar aquí que a raíz de que gran parte de la doctrina y jurisprudencia prevaleciente en Italia considera taxativas las causales de nulidad que pueden afectar las deliberaciones asamblearias sobre la base de una interpretación restrictiva del art. 2379 del Cód. Civil italiano, se ha concluido por admitir en muchos casos que vicios particularmente graves son causa de inexistencia de la deliberación, y la disciplina de tales hipótesis, en último análisis, coincide con aquella relativa a las deliberaciones nulas²³. Entre nosotros, Halperin expresa, admitiendo la noción de actos inexistentes en materia de decisiones asamblearias, que se daría en los supuestos de falta efectiva de la reunión o de formas esenciales para la convocatoria (si ésta falta, por ejemplo, porque sin ella habría una mera reunión de personas, pero no una asamblea) o de la votación (v.gr., intervención de terceros, decisiva para la existencia de mayoría) advirtiendo, sin embargo, que la doctrina discrepa acerca de los casos concretos que configuran la inexistencia del acto²⁴.

La teoría del acto inexistente en nuestra materia resulta atrayente si se tiene en cuenta que las acciones de nulidad contempladas en el art. 251 de la ley de sociedades se encuentran condicionadas a que se promuevan dentro del perentorio plazo que allí se determina, el que no regiría en los supuestos de inexistencia –categoría

²⁰ Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, Bs. As., Perrot, 1975, p. 576.

²¹ Salvat - López Olaciregui, *Tratado*, t. II, p. 757; Llambías, *Tratado*, t. II, p. 557 y 578.

²² Salvat - López Olaciregui, *Tratado*, t. II, p. 763 y 764.

²³ Ver, además, Brunetti, A., *Tratado del derecho de las sociedades*, Bs. As., Uteha, 1960, t. II, p. 428.

²⁴ Halperin, Isaac, *Sociedades anónimas*, Bs. As., Depalma, 1974, p. 643.

autónoma y distinta a la de la nulidad—, ya que un acuerdo inexistente —por ejemplo, por falta de quórum o de las mayorías necesarias—, aprovechándose de la caducidad, podría convertirse en ejecutivo, *tractu temporis*, como si fuese regular²⁵. No obstante, es de destacar que la noción de acto inexistente aplicada a las deliberaciones asamblearias es motivo de viva discusión en la doctrina y la jurisprudencia italianas, en las que existen sectores que se inclinan por su reconocimiento y admisión, mientras que por otro lado se le niega categoría por entender que sustituye el sistema del Código, sustentado en la certeza, por otro en el que la inseguridad reina soberana²⁶.

4. Objeto y alcances de la acción de impugnación

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 251 de la ley de sociedades, la acción de impugnación que ella autoriza debe hallarse dirigida a atacar una resolución de la asamblea que se considera adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento. Es decir que si bien la nulidad, que es contenido de la acción de impugnación, debe vincularse con una resolución asamblearia, como acto final declarativo de la voluntad social, la causa invalidante no tiene que estar en la decisión misma, sino que también puede encontrarse en la forma irregular a través de la cual se ha arribado a esa resolución. La redacción actual del precepto ha mejorado, en este sentido, el texto originario, por cuanto éste establecía que lo que podía ser objeto de impugnación de nulidad era una resolución violatoria de la ley, del estatuto o del reglamento, con lo que quizá podía llegar a entenderse que sólo cabía la impugnación de nulidad autorizada contra resoluciones que en su contenido comprendiesen una decisión contraria a la ley, el estatuto o reglamento, lo que obviamente no era así interpretado, ya que también quedaba comprendida toda nulidad originada en vicios atinentes al procedimiento de formación de la deliberación asamblearia²⁷. Al hablar ahora la ley de que toda resolución adoptada en violación de la ley, estatuto o reglamento puede ser motivo de impugnación de nulidad, queda evidenciado que sólo queda excluida de una posible acción de impugnación una decisión asamblearia cuando se asume, en todos sus aspectos, ya sea formales o sustanciales, sin violación de la ley, estatuto o reglamento. Queda, pues, sujeta a la acción de impugnación una resolución asamblearia tanto si se llega a ella a través de vicios que afecten el procedimiento reglado para su formación —aunque en sí la decisión no sea contraria a la ley, estatuto o reglamento— como la decisión a la que se ha arribado a través de un proceso inobjetable, pero que constituye en su contenido una declaración contraria a la ley, el estatuto o al reglamento.

Ahora bien, se plantea en la doctrina el interrogante sobre si la acción impugnativa debe fundarse en la existencia de una causal de nulidad acaecida en los términos del régimen común y general que en materia de nulidades contempla el Código

²⁵ Brunetti, *Tratado*, p. 429.

²⁶ Ver el estado de la doctrina y jurisprudencia en *Casi e materiali di diritto commerciale*, "Società per azioni", Milano, Giuffrè, 1974, p. 492 y siguientes.

²⁷ Halperin, *Sociedades anónimas*, p. 640, n° 68.

Civil, o si, por el contrario, la nulidad de las deliberaciones asamblearias se encuentra sujeta a un régimen especial que se aparta del normado en dicho cuerpo legal²⁸.

A nuestro juicio, la nulidad que se puede invocar contra una resolución asamblearia puede hallar sustento tanto en las reglas que gobiernan la nulidad de los actos o negocios jurídicos en general (arts. 1041 a 1044, 1045, 1047 y 1048, Cód. Civil), cuanto en la circunstancia de que la resolución hubiese sido adoptada en violación de cualquier norma de la ley de sociedades, del estatuto o del reglamento que se refiera a la forma, al modo o contenido de una regular deliberación y decisión del órgano asambleario. Por supuesto que la naturaleza del vicio o causa de invalidación deberá conducir a determinar la existencia de un acto nulo o anulable, debiéndose, además, verificar si la declaración impugnada constituye un negocio jurídico afectado de nulidad absoluta o relativa. Ello es así porque, a nuestro entender, la posibilidad de aislar causas específicas de invalidez, conforme a las irregularidades nacidas de la inobservancia de las reglas atinentes al régimen societario, estatutario o reglamentario, no puede dar lugar a que pueda entenderse que existen otras categorías de nulidades diferentes a aquellas que, como se ha visto, admite la legislación civil en la materia.

Por consiguiente, la nulidad que dimana de la violación de una norma específica que hace, por ejemplo, a la existencia de una regular deliberación asamblearia, aparejará una nulidad absoluta o relativa, según sea la índole de la causa determinante de aquélla, y la decisión atacada podrá implicar la presencia de una declaración que como negocio jurídico ha de ser reputado como nulo o anulable, según la naturaleza rígida o elástica del motivo de su invalidez.

Debe tenerse en cuenta con relación a lo precedentemente expuesto que según el art. 1037 del Cód. Civil los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en dicho Código se establecen, mas al respecto se ha señalado que esta disposición debe ser motivo de interpretación amplia, ya que la nulidad de un negocio jurídico no debe estar consagrada en la ley en términos expresos, sino que puede resultar tácitamente de una prohibición o condición legal²⁹. Esta interpretación coincide, en esencia, con lo preceptuado por el citado art. 251, ya que esta norma no se limita a disponer que las resoluciones asamblearias pueden ser objeto de impugnación de nulidad, así a secas, sino que faculta que esa nulidad que se esgrime pueda ser sustentada, en general, en la violación de la ley, o en la violación de normas estatutarias o reglamentarias de la sociedad a la que corresponde la decisión, supuestos éstos no contemplados expresamente en la ley civil como causa eficiente de nulidad de los actos jurídicos en general (comp. arts. 1041 a 1045, Cód. Civil).

Como ya se ha señalado, la nulidad que afecta a una decisión irregularmente adoptada puede encontrar su causa tanto en la existencia de vicios en el proceso de constitución, funcionamiento o deliberación de la asamblea, cuanto en el contenido de la declaración adoptada. Excedería los límites establecidos al presente trabajo el formular una enumeración casuística de los diferentes supuestos de irregularidad que podría autorizar la declaración de nulidad de una decisión asamblearia, así como clasificar la clase de nulidad (absoluta o relativa, acto nulo o anulable) que resul-

²⁸ Halperin, *Sociedades anónimas*, p. 639.

²⁹ Salvat - López Olaciregui, *Tratado*, t. II, p. 726; Llambías, *Tratado*, t. II, p. 569.

taría de los vicios invalidantes. Cabe, por consiguiente, remitir al respecto a los distintos autores que encaran el tratamiento desde ese punto de vista³⁰.

Ahora bien, si la causa eficiente de la irregularidad se refiere a la violación de las formas del acto colegial, ya sea en lo que atañe al proceso de constitución de la junta, como a su funcionamiento o deliberación, se podría entender que se está en presencia de una resolución que no es obligatoria, ya que no se daría la condición establecida en el art. 233 de la ley de sociedades, que supedita la obligatoriedad de las decisiones asamblearias a que sean conformes a la ley y el estatuto.

Además, tratándose de un vicio que afecta las formas impuestas por la ley, el acto devendría nulo (art. 1044, Cód. Civil) o anulable (art. 1045) de nulidad relativa (art. 1048), en cuyo caso podría ser confirmado a través de otro acto regularmente celebrado (art. 1058)³¹, o de nulidad absoluta (art. 1047) o inexistente, en su caso.

Pero como ya se ha anticipado, la nulidad puede derivar de un vicio que afecte el contenido de la resolución. Para determinar la posible existencia de una causal de invalidez de esta índole es menester tener presente, conforme a lo visto, que una decisión asamblearia debe llenar ciertos presupuestos de eficacia:

- a) Debe estar dirigida a satisfacer el interés social o colectivo.
- b) El principio mayoritario ha de ser el instrumento de expresión de voluntad del tal interés.
- c) No debe ser herramienta dirigida a imponer un abuso de poder tras la búsqueda de un fin antisocial, lesivo o perjudicial para un grupo de socios.
- d) Tampoco debe estar dirigida a vulnerar derechos individuales del socio, indisponibles o corporativos.
- e) No debe celebrarse en conflicto de intereses entre los titulares de la expresión de la voluntad social y la sociedad.
- f) El objeto de la declaración (entendido como contenido) no debe ser ilícito, prohibido ni imposible.

La cuestión realmente importante a determinar es si la inexistencia de alguno de los presupuestos indicados puede o no dar lugar a una impugnación de nulidad de la decisión y, en su caso, cuál sería el fundamento legal que habilitaría a un juez para declarar tal nulidad, así como saber si el magistrado contaría con facultades para ello.

Cabe aquí hacer un paréntesis para formular una breve referencia al derecho italiano, el que, en opinión de Halperin, habría servido de fuente a la acción de nulidad reglamentada en la ley 19.550³².

³⁰ Halperin, *Sociedades anónimas*, p. 641 a 647; Otaegui, Julio C., *Invalidez de actos societarios*, Bs. As., Ábaco, 1978, p. 396 a 419; Sasot Betes, Miguel, *Sociedades anónimas. Las asambleas*, Bs. As., Ábaco, 1978, p. 584 a 634.

³¹ El art. 2377 del Cód. Civil italiano prevé expresamente esta situación al establecer que la anulación de la deliberación no puede tener lugar si es sustituida por otra tomada de conformidad con la ley y con el acto constitutivo.

³² Halperin, *Sociedades anónimas*, p. 638 y 639.

El Código Civil italiano de 1942 se refiere a la invalidez de las deliberaciones asamblearias en los arts. 2377, 2378 y 2379, y la doctrina y la jurisprudencia discuten acerca de si tales disposiciones contienen todo el régimen relativo a dicha invalidez o, por el contrario, las normas indicadas no agotan la disciplina, siendo legítimo recurrir para integrar su régimen a las disposiciones generales sobre la invalidez de los contratos y actos unilaterales, debiéndose destacar que es prevaleciente la corriente enunciada en primer término³³. Conforme a esta tendencia, el sistema legislativo italiano acerca de la invalidez de las deliberaciones asamblearias se encuentra fundado en la dicotomía *nulidad* y *anulabilidad*, con una aparente prevalencia de este último remedio, el que tiende a contemplar todos los casos de deliberaciones tomadas con violación de la ley o del acto constitutivo por vicios atinentes al procedimiento de formación de la deliberación, reservando la nulidad a las solas hipótesis de objeto (contenido) imposible o ilícito³⁴.

Se sostiene que el art. 2377 contempla la hipótesis de anulabilidad por irregularidad en el procedimiento de formación de la deliberación, caso no previsto en las normas comunes, debiéndose deducir la acción de impugnación dentro de los tres meses a contar desde la fecha de la asamblea, o bien, si ésta está sujeta a inscripción, dentro de los tres meses de dicha inscripción.

Por otro lado, el art. 2379 dispone que a las deliberaciones nulas por imposibilidad o ilicitud del objeto se le aplican las disposiciones de los arts. 1421, 1422 y 1423 del mismo Código. De acuerdo con lo preceptuado por estas últimas normas, la nulidad de estas deliberaciones puede hacerse valer por quien quiera que tenga interés en ella y podrá, además, ser declarada de oficio por el juez; la acción no se encuentra sujeta a prescripción y, por último, como acto nulo no puede ser confirmado.

Es también tema de discusión en la doctrina y la jurisprudencia italianas cuáles son las irregularidades que quedan comprendidas en los ya mencionados arts. 2377 y 2379 del Cód. Civil, sosteniéndose, por ejemplo, que con la sola excepción de los supuestos de imposibilidad e ilicitud del objeto o contenido de la deliberación contemplados en el art. 2379, toda otra decisión debe ser impugnada a la luz de lo preceptuado por el art. 2377 dentro de los tres meses, bajo sanción de caducidad. Igualmente se debate si los únicos supuestos de deliberaciones nulas son los que prevé el art. 2379 (deliberaciones de contenido ilícito o imposible) por ser esta norma taxativa en su enunciación, o si, por el contrario, admite una interpretación analógica y elástica. En tal sentido se afirma que los términos de la ley deben ser interpretados en una extensión lógica a fin de corresponder a varias exigencias, tales como la equidad en las mismas relaciones entre partes, la seguridad en el tráfico y afianzamiento en el respeto de terceros. Se sostiene en ese sentido que cuando el art. 2379 se refiere al objeto de la deliberación, ello debe entenderse no sólo con referencia a los bienes de que se puede disponer con la decisión, sino al contenido de ella y que la imposibilidad del objeto alcanza no sólo a la imposibilidad material, sino también a

³³ *Casi e materiali*, "Società per azioni", p. 495; Trimarchi, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, p. 29.

³⁴ Silveti, Césare - Cavalli, Gino, *Le società per azioni (Gli organi e il controllo giudiziario)*, en Bigiavi, Walter (dir.), "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, t. 11, p. 167; *Casi e materiali*, "Società per azioni, p. 492.

la jurídica, derivada de una indebida invasión de la decisión en la esfera de derechos subjetivos contrapuestos a la sociedad, en particular los derechos individuales de los socios irrenunciables por ellos e inderogables por la mayoría. En esta dirección se mueve la prevaleciente jurisprudencia que ha precisado que la violación de cualquier norma no determina la nulidad de la deliberación, sino la contradicción con normas dictadas en tutela de un interés general que trascienda el interés particular del socio o dirigidas a impedir una desviación del fin económico-práctico de la sociedad. Queda así fuera del concepto de ilicitud a que se refiere el art. 2379 el supuesto en que el objeto de la decisión fuese contrapuesto a normas inspiradas exclusivamente en la tutela los socios individuales o de un grupo de socios o de intereses inmediatos y directos de ellos, dándose en este caso la hipótesis de anulabilidad prevista en el art. 2377³⁵.

En algún caso ha sostenido la jurisprudencia que no obstante que el art. 2379 Cód. Civil contempla solamente la nulidad debida a imposibilidad o ilicitud, aquella existirá también por violación de cualquier norma imperativa dictada en tutela de intereses de terceros o de la sociedad, como ocurre, por ejemplo, con la que veda en el derecho italiano la emisión de acciones de voto plural³⁶.

Como podrá advertirse, si bien el derecho italiano guarda cierta similitud con el sistema adoptado en el art. 251, no es idéntico ya que, por un lado, en aquél se receptan hipótesis de anulabilidad y de nulidad, diferenciadas por la naturaleza de la irregularidad, que pueden afectar a la formación de la deliberación o al contenido de la decisión, especificando la misma ley cuando ésta se encuentra viciada y sometiendo el procedimiento de impugnación, según se trate de uno y otro caso, a distinto régimen. Nada de eso acaece en nuestra ley societaria, en la que sólo se hace referencia a la nulidad de la resolución adoptada en violación de la ley, estatuto o reglamento, sin distinguirse entre actos anulables o nulos, o de nulidad absoluta o relativa, lo que hace que en este aspecto deba regir la legislación común en la materia.

Esta amplitud que presenta nuestra ley con relación al régimen de invalidez asamblearia contemplado por el legislador italiano –que, como hemos visto, al menos en principio, sujeta la nulidad de la decisión a supuestos de ilicitud o imposibilidad del objeto de la misma–, permite concluir que sobre la base de lo dispuesto por el art. 251 de la ley de sociedades podría ser admisible una acción de impugnación, por la circunstancia de constituir la declaración una decisión que, en su contenido, implique una violación de la ley, considerada ésta en general, dependiendo de la naturaleza de la ley infringida, la categoría de nulidad resultante de tal infracción, de acuerdo a la clasificación que al respecto adopta la legislación común que regula la invalidez de los negocios jurídicos.

Ello nos lleva a tener que admitir que cualquier violación legal, tanto del ordenamiento societario vinculado con la convocación, celebración y deliberación de la asamblea, cuanto toda infracción legal cometida a través de la declaración que es contenido de la decisión adoptada, daría acción para impugnar la validez de esa resolución a través de la alegación de nulidad.

³⁵ Silveti - Cavalli, *Le società per azioni*, en Bigiavi (dir.), "Giurisprudenza sistematica", t. 11, p. 167; *Casi e materiali*, "Società per azioni", p. 492.

³⁶ Silveti - Cavalli, *Le società per azioni*, en Bigiavi (dir.), "Giurisprudenza sistematica", t. 11, p. 171.

Tal posición abre en nuestro derecho la posibilidad cierta de atacar de nulidad una resolución que si bien ha sido adoptada con respeto de todas las formas necesarias para su validez formal, implique un alzamiento contra una norma jurídica, ya sea ésta del mismo ordenamiento societario, dictada con fines de regular sus instituciones propias, o extraña a él pero que tutele tanto intereses generales como derechos subjetivos de terceros o de los mismos componentes de la sociedad.

En este sentido la doctrina nacional se inclina por reconocer causales de nulidad fundadas en decisiones que en su contenido sean contrarias al orden público (v.gr., art. 953, Cód. Civil) o al régimen societario, aun cuando no exista una mención expresa en la ley de sociedades que invalide la resolución³⁷.

Al respecto, se sostiene que el plazo de caducidad (o de prescripción –Halperin, Zavala Rodríguez–) impuesto por el art. 251 no sería oponible cuando se trate de decisiones asamblearias violatorias de normas de orden público³⁸.

Igualmente se reconoce la posibilidad de que la invalidez de la resolución provenga de un vicio que afecte su causa y contenido, en cuanto constituye una decisión que implique una violación de los derechos de los accionistas impuesta a los socios mediante el abuso del poder de la mayoría, salvo cuando en la declaración prime un interés social que no afecte un derecho propio del accionista³⁹.

Esta posición nos conduce derechamente a analizar los supuestos que se han dado en llamar abuso de poder de la mayoría como causal de nulidad de las decisiones asamblearias. El tema no ha sido suficientemente considerado por la doctrina y jurisprudencia nacional, aun cuando en general se admite como supuesto de ineficiencia⁴⁰.

Por el contrario, en la doctrina y la jurisprudencia italianas la impugnabilidad de las decisiones asamblearias por exceso de poder de la mayoría ha sido y es tema arduamente debatido.

Por un lado, se sostiene la admisibilidad de la impugnación de las decisiones de la asamblea por exceso de poder como medio de introducir un instrumento idóneo para tutelar de modo adecuado a la minoría de accionistas contra las arbitrariedades del grupo de control⁴¹, señalándose, en algún caso, que sólo el manifiesto exceso de poder puede ser sometido a la autoridad judicial⁴². Al respecto también se afirma que las decisiones deben ser conformes al interés social, existiendo obligación por parte de los socios de perseguir tal interés, lo que resulta indirectamente impuesto por el art. 2373 del Cód. Civil italiano (similar a nuestro art. 248, ley de sociedades), que obliga al socio a no votar en el supuesto de tener interés contrario al de la sociedad, pudiendo ello causar un daño a ésta, principio que puede ser aplica-

³⁷ Otaegui, *Invalidez de los actos societarios*, p. 395.

³⁸ Otaegui, *Invalidez de los actos societarios*, p. 395; *Cuadernos de derecho societario*, 1975, t. II, vol. II, p. 393; Bendersky, J. J., *Impugnación judicial de asambleas de sociedades anónimas*, RDCO, 1977-48, n° 41.

³⁹ Halperin, *Sociedades anónimas*, p. 647 y 648.

⁴⁰ Halperin, *Sociedades anónimas*, p. 647 y 648.

⁴¹ Silvetti - Cavalli, *Le società per azioni*, en Bigiavi (dir.), "Giurisprudenza sistematica", t. 11, p. 194.

⁴² Fre, *Società per azioni*, p. 334, nota 2.

do aunque el socio no se encuentre en posición de conflicto como consecuencia de otro principio, vigente en el ordenamiento societario, de paridad de tratamiento⁴³. La configuración del exceso de poder emerge también —se dice— del principio legal que garantiza a los accionistas la conservación invariable de la propia cuota de participación social, y que se puede vulnerar a través de un aumento de capital no fundado en exigencias de la sociedad, principio legal que también puede entenderse en cuanto se relaciona con el derecho de los socios a las utilidades, el que sólo puede ser excluido o sacrificado cuando lo exija el interés social.

Por otro lado, una prevaleciente doctrina italiana se inclina por la exclusión de la impugnación por exceso de poder, porque ella conlleva inevitablemente a la extensión de las facultades de la autoridad judicial para realizar un juicio de mérito sobre la decisión, cuando es principio del ordenamiento positivo que el magistrado sólo puede efectuar un control sobre la legalidad de la deliberación, no pudiéndose argumentar sobre la base de la norma que contempla el supuesto de voto contrario al interés social por tratarse de una disposición de naturaleza excepcional que, como tal, no es susceptible de interpretación analógica. No obstante, la doctrina intenta introducir distintos remedios para reprimir los abusos del grupo de control sin hablar de exceso de poder, mas recurriendo argumentos de otra índole⁴⁴.

En nuestro caso, la doctrina del exceso de poder de la mayoría tendría cabida a partir de la amplia fórmula adoptada por el art. 251, que permite deducir la acción de impugnación de las decisiones asamblearias con fundamento en la nulidad de las declaraciones asumidas en violación de la ley, entendiéndose que tal supuesto no se da cuando no sólo infrinja una norma concreta, sino también cuando se adopta una resolución que en su contenido constituya una conducta reprobada por el ordenamiento jurídico positivo en forma concreta. Tal hipótesis queda configurada cuando, por ejemplo, la decisión adoptada por la mayoría implique el ejercicio abusivo de la posición dominante del grupo mayoritario, en perjuicio de accionistas individuales o de un grupo de accionistas, ya que tal situación constituye una conducta que la ley no ampara —y, por ende, descalifica como acto lícito—, lo que ha sido motivo de una concreta disposición normativa, incorporada al art. 1071 del Cód. Civil. Y si la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, en este caso de los de la mayoría de los accionistas a imponer con su voto y a través del principio mayoritario la voluntad social, la declaración asamblearia carecerá de eficacia jurídica y habrá sido adoptada con un vicio genético que autoriza su denuncia como acto anulable.

El argumento de que el magistrado que debe conocer de una cuestión de tal naturaleza no puede hallarse facultado para emitir un juicio de mérito sobre el contenido de la declaración, sino que debe limitarse a formular un mero análisis de su legalidad, no parece definitivo en nuestro derecho, ya que ninguna duda puede haber de que cada vez que se ataca cualquier acto jurídico por constituir el reflejo de un

⁴³ Maisano, *L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 1968. En contra de esta interpretación: Patroni Griffi, Antonio, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, Jovene, 1971, p. 241 y 242.

⁴⁴ Véase una relación de las distintas posiciones asumidas por la doctrina en Silveti - Cavalli, *Le società per azioni*, en Rigiavi (dir.), "Giurisprudenza sistematica", t. 11, p. 196 a 198; respecto de la jurisprudencia italiana, ver en la misma obra, p. 198 a 200. Ver igualmente: *Casi e materiali*, "Società per azioni", p. 497 a 499.

ejercicio abusivo de derechos que contraría los fines que la ley ha tenido para reconocerlos, se tendrá que formular ineludiblemente un juicio de valor acerca de la adecuación existente entre el acto impugnado y los aludidos fines que el ordenamiento legal persigue cuando reconoce la existencia de aquellos derechos. No otra cosa ocurre cuando el magistrado debe juzgar la inexistencia de buena fe en la adopción de un negocio jurídico, para apreciar si es el resultado de un ejercicio abusivo de derechos o, por ese mismo motivo, el acto excede los límites impuestos por la moral y las buenas costumbres, reglas éstas que imperan desde la ley, ya que han sido expresa y concretamente receptadas en el art. 1071 del Cód. Civil.

Parecería que nada impide, pues, que bajo el mismo prisma pueda un juez indagar si en determinado caso, el principio mayoritario que constituye, como se ha visto, una técnica específica a través de la cual se opera la voluntad social, ha sido actuado, como reza la disposición legal precedentemente mencionada, de acuerdo con los fines que la ley ha tenido en mira para adoptarlo como instrumento del negocio jurídico colegial o, por el contrario, ha sido utilizado con un objetivo distinto, ya sea para satisfacer expectativas o intereses particulares de un grupo de socios, ejecutado a sabiendas y con intención de dañar los derechos de un socio o de un grupo de socios, lo que para la ley civil constituye un delito (conf. art. 1072, Cód. Civil).

No cabe duda de que la cuestión es ardua, ya que el juez deberá atender para arribar a sus conclusiones a conceptos de difícil aprehensión, tal como el concierne a saber si el acto impugnado atiende o lesiona el interés social y colectivo —o bien el interés de la sociedad, representado para algunos en el interés de la empresa subyacente—, mas debe concluirse que las dificultades que pueden aparejarse en la determinación de la existencia o no de un ejercicio abusivo del poder mayoritario, no puede constituir una valla para que la justicia se aparte o prescinda de la necesidad de indagar la verdad material o sustancial ínsita tras la estructura formal de una declaración asamblearia, cuando en ésta se incorpore un acto que en la realidad constituye una conducta prohibida por el ordenamiento legal positivo.

Al respecto, cabe recordar lo dicho por Odriozola, quien destaca que el juez es permanentemente llamado para realizar un examen de mérito respecto de deliberaciones que pueden ser contenido de intereses encontrados (v.gr., cuando debe determinar responsabilidades por mala gestión o inejecución de obligaciones a cargo de los administradores o mandatarios, cuando califica la conducta de fallidos, etcétera), máxime en la actualidad, en que se vive una época de revisión de los criterios meramente formales, donde el juez debe jugarse en la búsqueda de la verdad disimulada a través de pantallas y estructuras formalistas, concluyendo en que no puede aceptarse como inatacable una deliberación asamblearia en la que sólo se han cumplido sus requisitos externos, siendo deber del juez indagar en el análisis de su regularidad intrínseca, para restablecer la plena vigencia del contrato social⁴⁵.

Debemos concluir, por consiguiente, que la inexistencia de los presupuestos que se han consignado poco más atrás, como condicionantes de la eficacia de toda deliberación asamblearia, puede ser motivo de adecuada indagación por el juez, quien si determina la ausencia de alguno de ellos puede concluir en la declaración

⁴⁵ Odriozola, Carlos S., *Conflicto de intereses como causa de impugnación de las decisiones asamblearias*, JA, doctrina, 1973-254.

de nulidad del acto que implica, en su contenido, una violación del ordenamiento legal positivo.

5. La reforma del artículo 251 de la ley de sociedades por la ley 22.903

La reciente reforma introducida al régimen societario vigente por la ley 22.903 ha alcanzado también a la normativa vinculada con la impugnación de resoluciones assemblearias. Con la finalidad de no concluir este breve análisis sin hacer una somera referencia a las modificaciones introducidas al art. 251, hemos de formular algunas pocas apreciaciones al respecto.

En primer lugar, se destaca en la reforma la reformulación del contenido de la acción de impugnación, la que, como ya se ha señalado, permite atacar toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento. Además:

a) Limita el ejercicio de la acción impugnativa a los accionistas que eran tales en el momento de celebrarse la asamblea cuya decisión se cuestiona. Así resulta de la exigencia de que el impugnante, en el supuesto de haber estado ausente, debe acreditar su calidad de accionista a la fecha de la decisión impugnada, recogándose la opinión de cierta doctrina y jurisprudencia⁴⁶, pese a que existen criterios contrarios a tal posición⁴⁷.

b) Se ha omitido contemplar –como lo hacía la norma antes de la reforma– la situación de los accionistas que votaron favorablemente, en el supuesto de que la norma violada fuese de orden público. Se ha mantenido en forma expresa sólo la legitimación de los accionistas que votaron favorablemente para el supuesto de ser su voto anulable por vicio de la voluntad. La supresión relativa al derecho de impugnación de los accionistas con voto favorable frente a una decisión violatoria de norma de orden público, responde a la circunstancia de que debe entenderse que tal hipótesis no queda comprendida en la norma, en cuanto a los requisitos de legitimación y plazo para el ejercicio de la acción impugnativa, ya que dada la índole de la disposición legal violada con la decisión, la acción debe entenderse ejercible por cualquier accionista, presente o no en la asamblea, que acredite o no la calidad de socio al momento de adoptarse la decisión, y en cualquier momento, ya sea dentro del plazo de tres meses consignado ahora en la disposición o fuera de ese período, por cuanto en el caso aludido se trataría de una nulidad absoluta –art. 1047, Cód. Civil–,⁴⁸ imprescriptible e inconfirmable, por lo cual no le afecta el plazo de caducidad o prescripción establecido en la norma⁴⁹.

Por consiguiente, tratándose de una decisión que importa en su contenido violar una disposición legal de orden público, la declaración de la asamblea importará la

⁴⁶ CNCom, Sala B, 6/12/82, “Carabassa, Isidoro c/Canale SA y otra”, LL, 31/3/83.

⁴⁷ Halperin, *Sociedades anónimas*, p. 650; Bendersky, *Impugnación judicial de asambleas de sociedades anónimas*, RDCO, 1977-32 y 33.

⁴⁸ Halperin, *Sociedades anónimas*, p. 641.

⁴⁹ Otaegui, *Invalidez de los actos societarios*, p. 395; *Cuadernos de derecho societario*, 1975, t. II, vol. II, p. 393; Bendersky, *Impugnación judicial de asambleas de sociedades anónimas*, RDCO, 1977-48.

generación de un acto nulo o anulable, pero que en sustancia implicará la existencia de un acto de nulidad absoluta, por lo que podrá ser atacado por todos aquellos que tengan interés en hacerlo y aun declarada tal nulidad de oficio por el juez.

c) Por último, la modificación más sustancial puede hallarse en la reducción a tres meses a contar del acto de clausura de la asamblea, del plazo para promover la acción de impugnación.

En su anterior redacción, el art. 251 señalaba un plazo de seis meses, el que debía contarse ya sea desde la clausura de la asamblea o desde la última publicación, si la resolución se hallaba sujeta a este recaudo. Ahora el término no sólo es menor, si no que siempre se ha de contar desde que concluyó la asamblea.

Cabe señalar que, a nuestro juicio, el plazo ha quedado reducido a un período muy breve si se advierte la complejidad que gobierna el tema vinculado con la nulidad que puede afectar las decisiones asamblearias, por lo que la disminución efectuada no aparece en realidad justificada, si se tiene en cuenta que la diferencia entre tres meses y seis no significa, para la seguridad jurídica que se pretende consolidar respecto de la sociedad y de las decisiones asamblearias, un término apreciable, mientras que sí lo puede ser para el ejercicio por parte de los accionistas de la acción de nulidad.

Si bien otras legislaciones contemplan plazos de impugnación reducidos (tres meses en el derecho italiano, a partir de la asamblea o de la inscripción en el registro –art. 2377, Cód. Civil–; cuarenta días en la ley de sociedades anónimas española –art. 68–) se contemplan expresamente hipótesis de nulidad que no quedan sujetas, en su impugnación, a esos breves plazos (v.gr., la acción de nulidad contra deliberaciones nulas por imposibilidad o ilicitud del contenido de la decisión, en la ley italiana –art. 2379–, imprescriptible e inconfirmable; la acción contra decisiones contrarias a la ley no sujeta al corto plazo de caducidad, en la ley española de sociedades anónimas –art. 68–), lo que advierte que en esos ordenamientos se hayan previsto plazos reducidos para atacar los actos viciados de nulidad cuando las causas de la ineficacia resultan de irregularidades acaecidas en el proceso de formación de la decisión asamblearia y no atinentes a su contenido.

Por último, la exigüidad del plazo de impugnación atenta también contra la posibilidad cierta de que la autoridad de contralor pueda deducir la acción de impugnación que le autoriza a ejercer la norma, ya que su situación, respecto a los actos asamblearios adoptados en violación de la ley, es distinta a la del accionista en cuanto al conocimiento de los hechos que pueden configurar causales de nulidad.

© Editorial Astrea, 2001. Todos los derechos reservados.