RICARDO A. NISSEN

LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES COMENTADA

TOMO III

Arts. 207 a 389

INCLUYE VERSIÓN *eBook*

THOMSON REUTERS
LA LEY

THOMSON REUTERS
LA LEY

LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES COMENTADA

TOMO III

ARTS. 207 A 389

RICARDO A. NISSEN

FEDYE
FONDO EDITORIAL DE DERECHO Y ECONOMIA

© Ricardo A., Nissen, 2017
© De esta edición, La Ley S.A.,2017
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Todos los derechos reservados.
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

All rights reserved.
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

ISBN: 978-987-03-3316-6 (Tomo III)
ISBN: 978-987-03-3311-1 (Obra completa)
SAP: 42108861

Argentina. Leyes
Ley de Sociedades Comerciales Comentada / comentarios de Ricardo Augusto Nissen. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017.
v. III, 944 p.; 24 x 17 cm.
ISBN 978-987-03-3316-6
1. Ley de Sociedades Comerciales. I. Nissen, Ricardo Augusto, com. II. Título.
CDD 348.02

INDICE

CAPÍTULO II - DE LAS DISPOSICIONES DE APLICACIÓN Y TRANSITORIAS (CONT.) 4

SECCIÓN V - DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA..... 4

3. DE LAS ACCIONES 4

4. DE LOS BONOS..... 98

5. DE LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS 103

6. DE LA ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN 370

7. DEL CONSEJO DE VIGILANCIA..... 557

8. DE LA FISCALIZACIÓN PRIVADA..... 571

9. DE LA FISCALIZACIÓN ESTATAL 631

SECCIÓN VI - DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA CON PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIA ... 664

SECCIÓN VII - DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES 671

SECCIÓN VIII - DE LOS DEBENTURES 690

SECCIÓN IX - DE LA SOCIEDAD ACCIDENTAL O EN PARTICIPACIÓN 727

CAPÍTULO III - DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIA 730

§ 1. DEROGACIÓN DEL CAPÍTULO III DE LA LEY 19.550 REFERIDO A LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIA 730

CAPÍTULO IV - DE LAS DISPOSICIONES DE APLICACIÓN Y TRANSITORIAS..... 731

CAPÍTULO II - DE LAS DISPOSICIONES DE APLICACIÓN Y TRANSITORIAS (CONT.)

SECCIÓN V - DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

3. DE LAS ACCIONES

Art. 207.—

Valor igual. Las acciones serán siempre de igual valor, expresado en moneda argentina.

Diversas clases. El estatuto puede prever diversas clases con derechos diferentes; dentro de cada clase conferirán los mismos derechos. Es nula toda disposición en contrario.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 166, 208, 211, 216, 217, 226. LSC Uruguay: art. 296.

§ 1. Concepto y naturaleza jurídica de las acciones

La acción puede ser definida desde dos puntos de vista: a) estrictamente, como la cuota parte del capital social de la sociedad anónima, cuya titularidad confiere el ejercicio de determinados derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones; b) como el título valor que instrumenta ese derecho.

Desde la primera óptica, la acción acredita la posición de quien la posee en relación con la sociedad emisora, fijando su participación en ella y estableciendo a partir de la suscripción, un estado de socio o, lo que es lo mismo, una situación que presupone e ejercicio de una compleja trama de derechos, deberes y facultades del socio respecto de la sociedad y viceversa. En otras palabras, la acción incorpora en sí la condición de socio, título que puede existir antes de la emisión del mismo, pues el carácter de socio se adquiere desde el momento mismo de la suscripción del capital[(1)].

Si bien tradicionalmente se consideró a la acción, siguiendo a las enseñanzas del profesor italiano Antonio Brunetti, como un título de crédito, de carácter no constitutivo, y la ley 19.550 ofrece márgenes para llegar a esa conclusión, en tanto dispone en su art. 226 que las normas sobre títulos valores se aplican en cuanto no son modificadas por esta ley, lo cierto es que, a nuestro juicio, no puede incluirse a la acción dentro de la categoría de títulos de crédito, toda vez que: 1) No instrumenta ningún crédito sino confiere el estado de socio; 2) No es necesaria su exhibición para ejercer los derechos de socio; 3) La adquisición del

título no es condición imprescindible para adquirir la calidad de tal y 4) No respeta el requisito de la literalidad, propio de los títulos valores o títulos de crédito, pues el título acción debe completarse con el estatuto, sus reformas y decisiones asamblearias, instrumentos societarios que integran la causa de emisión.

Por otro lado, y como se verá, siendo las características más relevantes de la actuación de las sociedades anónimas de nuestro medio, el hecho de ser casi todas ellas sociedades "cerradas" o "de familia", la experiencia ha demostrado que son muy escasas las sociedades de esta naturaleza que emiten sus títulos accionarios, y mucho más cuando conforme lo dispone la ley 24.587 del año 1996, que eliminó de nuestro régimen legal a las acciones al portador, todos los títulos accionarios deben ser nominativos no endosables, lo cual quita interés al socio o accionista para reclamar la entrega de los títulos, en tanto su carácter de tal surgirá de las constancias del libro de acciones llevado por la propia emisora (art. 213 de la ley 15.590). Así lo ha reconocido un fallo de nuestros tribunales mercantiles, donde se admitió que el título acción parece haber terminado un ciclo en su evolución y tiende a replegarse hacia una función más modesta frente a nuevos medios para la circulación de la riqueza que se reputan más idóneas, en un proceso que es acompañado por otro que desde hace tiempo tiende a desplazar, en beneficio de la registración, la importancia del título como instrumento de legitimación y circulación[(2)].

Si se persiste en la idea de clasificar a la acción dentro de alguna categoría legal —hábito poco recomendable por cierto, pero muy afecto para muchos juristas— podría sostenerse que se trata, la acción, de un "título de participación", que no incorpora un derecho de crédito, sino, como se ha visto, un complejo de derechos, facultades y obligaciones que son inherentes a la calidad de socio[(3)].

En definitiva, y como acertadamente las han definido la jurisprudencia, las acciones constituyen títulos de participación, no formales, incompletos, causales, de ejercicio continuado, que se emiten en serie y que son la correlación económica entre el accionista y el patrimonio societario, generando su titularidad derechos de naturaleza política y económica[(4)].

En resumen, las acciones se caracterizan por:

1) Representar el capital social de la sociedad anónima (art. 163).

2) Limitar, como principio general, la responsabilidad de los accionistas por las deudas sociales a la integración de las mismas (art. 163).

3) Conferir a sus titulares los derechos y obligaciones que caracterizan el estado de socio.

4) Estar representada en títulos, libremente transmisibles, salvo restricciones estatutarias expresas.

La importancia económica de la acción fue claramente expuesta por el profesor español, Manuel Broseta Pont hace más de 40 años, para quien y haciendo referencia a los países económicamente desarrollados, las grandes fortunas

personales están integradas por acciones, esto es, por bienes muebles y no por bienes inmuebles, como por el contrario ocurría en otros tiempos. Tanto es así que, alcanzado el máximo apogeo capitalista, se ha podido afirmar la transformación de la riqueza inmobiliaria en mobiliaria. Por lo demás, sociedad anónima y acción están tan indisolublemente vinculadas, que en algunas legislaciones, se denomina a las sociedades anónimas como sociedades por acciones"[5].

Estas manifestaciones, sin embargo, no son aplicables a la República Argentina, por tres razones fundamentales: a) La enorme cantidad de sociedades anónimas denominadas "cerradas", que son titulares de pequeñas y medianas empresas; b) La nula existencia, en nuestro país, de un verdadero mercando de capitales y la concentración, en muy pocas manos, de las participaciones de control de las compañías cotizables y 3) La preferencia del inversor nacional hacia el sector inmobiliario y no al sector bursátil, prácticamente inexistente en nuestro país.

§ 2. El valor de las acciones

La fijación del valor de las acciones, si bien corresponde al arbitrio de los socios, debe responder a la regla general que sienta el art. 207 de la ley 19.550 que prescribe que las acciones serán siempre de igual valor, expresado en moneda argentina, lo cual se explica por ser las acciones partes alícuotas del capital social y porque es característica de la sociedad anónima, la exacta correlación entre el aporte de cada socio y el número de acciones que recibe.

Precisamente, a fin de dar la mayor publicidad posible al valor de las acciones, la ley 19.550 exige que el mismo conste en el acto constitutivo, en los títulos accionarios y en los certificados provisorios (arts. 166, 208 y 211).

Debe sin embargo, distinguirse entre lo que se denomina "valor nominal" de las acciones, de su "valor real".

El valor nominal de las acciones no cuantifica la participación económica del accionista en la sociedad, pues al correlacionarse exclusivamente con la cifra capital y no con el patrimonio de la misma, sólo tiene utilidad para computarlas en relación con las demás acciones, lográndose un denominador común representativo de la parte en el todo[6]. En definitiva, el "valor nominal de la acción", sólo supone una manera práctica de medir la participación del accionista en la sociedad, a los efectos del ejercicio de determinados derechos, permitiendo fijar además, el quórum necesario para la celebración de actos asamblearios, pero en forma alguna, como se ha dicho, sirve para fijar el valor económico de la participación del accionista ni puede ser utilizado como valor para la emisión de nuevas acciones, pues de lo contrario podría caerse en la grave sanción

establecida por el art. 202 de la ley 19.550, que fulmina con la nulidad a la emisión de acciones bajo la par.

§ 3. Clases de acciones

La regla establecida por el art. 207, párrafo 1º, que exige que todas las acciones deben ser de igual valor, no obsta a que, por vía estatutaria se puedan crear diferentes categorías o clases de acciones, con derechos políticos o patrimoniales diferentes. La ley 19.550 permite la emisión de acciones con más de un voto por acción (art. 216), llamadas "acciones privilegiadas", así como acciones con preferencias patrimoniales, denominadas "acciones preferidas" (art. 217), pero aclarando que, en todos los casos, dentro de cada clase, a todas las acciones que la integran les corresponden los mismos derechos (art. 207, párrafo 2º).

El legislador ha sido muy cuidadoso en este aspecto, habida cuenta de los debates doctrinarios que generó, en nuestro país y en el extranjero, la creación de diversas categorías de acciones, y en tal sentido, a los efectos de evitar resultados disvaliosos, ha previsto una serie de normas que tienden a resguardar los derechos de los titulares de las diversas clases de acciones, frente a decisiones del órgano de gobierno de la sociedad que tiendan a afectar los mismos (art. 250).

Art. 208.—

Forma de los títulos. Los títulos pueden representar una o más acciones y ser al portador o nominativos; en este último caso, endosables o no.

Certificados globales. Las sociedades autorizadas a la oferta pública podrán emitir certificados globales de sus acciones integradas, con los requisitos de los arts. 211, 212, para su inscripción en regímenes de depósito colectivo. A tal fin, se considerarán definitivos, negociables y divisibles.

Títulos cotizables. Las sociedades deberán emitir títulos representativos de sus acciones en las cantidades y proporciones que fijen los reglamentos de las bolsas donde coticen.

Certificados provisionales. Mientras las acciones no estén integradas totalmente, sólo pueden emitirse certificados provisionales nominativos.

Cumplida la integración, los interesados pueden exigir la inscripción en las cuentas de las acciones escriturales o la entrega de los títulos definitivos que serán al portador si los estatutos no disponen lo contrario.

Hasta tanto se cumpla con esta entrega, el certificado provisorio será considerado definitivo, negociable y divisible.

Acciones escriturales. El estatuto puede autorizar que todas las acciones o algunas de sus clases no se representen en títulos. En tal caso deben inscribirse en cuentas llevadas a nombre de sus titulares por la sociedad emisora en un registro de acciones escriturales al que se aplica el art. 213 en lo pertinente o por bancos comerciales o de inversión o cajas de valores autorizados.

La calidad de accionista se presume por las constancias de las cuentas abiertas en el registro de acciones escriturales. En todos los casos la sociedad es responsable ante los accionistas por los errores o irregularidades de las cuentas, sin perjuicio de la responsabilidad del banco o caja de valores ante la sociedad, en su caso.

La sociedad, la entidad bancaria o la caja de valores deben otorgar al accionista comprobante de la apertura de su cuenta y de todo movimiento que inscriban en ella. Todo accionista tiene además derecho a que se le entregue, en todo tiempo, constancia del saldo de su cuenta, a su costa. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 211, 213. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 147; LSC Uruguay: arts. 299, 303, 306.

§ 1. Los títulos accionarios

El art. 208, párrafo 1º de la ley 19.550, se refiere a los títulos representativos de las acciones, prescribiendo que los mismos pueden representar una o más acciones y ser al portador o nominativos; en este último caso, endosables o no.

Esta norma se encuentra actualmente modificada por la ley 24.576 del año 1996, que excluyó a las acciones al portador de nuestro ordenamiento societario, debiendo necesariamente ser ellas emitidas como acciones nominativas no endosables. Las harto conocidas y comprobadas maniobras que se realizaban a través de las acciones al portador, tendientes a defraudar al fisco, al cónyuge, a los herederos forzosos y en general a los terceros acreedores de la sociedad y de los accionistas, llevaron a nuestros legisladores, en varias oportunidades, a dejar sin efecto el régimen de las acciones al portador (ley 20.643 del año 1974; ley 23.299 de 1985; ley 24.576 del año 1996), derogación que provocaba una inmediata contraofensiva promovida por los sectores más liberales de nuestro derecho y de nuestra economía, que veían con la eliminación de las acciones al portador la desaparición de las sociedades anónimas, lo que, como era de

esperar, nunca aconteció, pues jamás estuvo en el pensamiento de los redactores del Código Francés de 1807, que contempló por primera vez a las sociedades anónimas, que este tipo societario o las acciones al portador se convirtieran en instrumentos de fraude y de defraudación de los derechos de terceros, como en la práctica efectivamente aconteció.

No es cierto, como se suele escuchar, que el anonimato de los accionistas fuera el rasgo más característico de las sociedades anónimas, sino que históricamente, dichas sociedades se caracterizaron por la división de su capital en acciones, y por la representación de las mismas en títulos circulatorios, y ello era tan así que no se concebía el ejercicio de los derechos de socio sin la exhibición de los títulos por quien era el propietario de las acciones.

Sin embargo, diversas razones, en especial la proliferación de las sociedades anónimas "cerradas" o "de familia", obligaron a modificar esos criterios, llegándose a la conclusión que la emisión de los títulos no es requisito tipificante ni imprescindible para ejercer los derechos sociales incorporados a las acciones, pues lo que verdaderamente caracteriza a la sociedad anónima es la división de su capital social en acciones, y que sólo la suscripción de las mismas basta para la adquisición del estado de socio, independientemente de la real y efectiva emisión de los títulos.

Esta evolución, que pareció impensable hasta hace no muchos años, respondió a evidentes necesidades prácticas, fundadas en la probada circunstancia de la enorme cantidad de sociedades por acciones que no emiten jamás sus títulos y además, para evitar los inconvenientes que produce la circulación de enormes paquetes accionarios, obligando a la sociedad a recurrir en forma permanente al canje de los títulos en circulación, lo cual fue fenómeno corriente en nuestro medio, habida cuenta de los procesos inflacionarios vividos que afectaban el capital social y como consecuencia, el valor nominal de las acciones, que imponían la permanente necesidad de actualizar o incrementar el mismo.

Esta evolución se ha visto reflejada en importantísimos precedentes jurisprudenciales y cristalizada en la ley 22.903, que reformó la ley 19.550, la cual admite en nuestro ordenamiento societario, la emisión de acciones escriturales y los certificados globales, supuestos en los cuales la emisión de los títulos correspondientes queda reemplazada por las anotaciones en cuentas especiales o por instrumentos diferentes, como se analizará en los párrafos siguientes.

§ 2. La emisión de los títulos accionarios y la adquisición del carácter de accionista

Acertadamente, la doctrina y jurisprudencia nacional, desde un conocido trabajo del profesor Anaya[7], ha evolucionado hasta el punto de sostenerse hoy, casi pacíficamente, que la exhibición de los títulos no es requisito imprescindible para el ejercicio de los derechos sociales que confieren la titularidad accionaria, pudiendo acreditarse la calidad de socio mediante otro tipo de pruebas.

El criterio opuesto, que podríamos calificar como tradicional, había llegado a sostener incluso que la exhibición o tenencia de los títulos accionarios para la legitimación en el ejercicio de los derechos que confieren el estado de socio no puede quedar suplida con la registración en el libro de acciones de la sociedad, de la titularidad de las acciones nominativas a nombre de quien invocaba la propiedad de las mismas[8].

Esta solución peca por excesivo rigor y otorga a la posesión de los títulos accionarios, un carácter constitutivo de la calidad de socio, que la ley no requiere (arts. 163 y 208 de la ley 19.550). No es posible castigar a quien, muchas veces, no es responsable de carecer de los títulos accionarios, pues dicha carencia no obedece exclusivamente al robo o extravío de los mismos, sino a otras circunstancias, de muy frecuente comprobación en la práctica, como la retención por la sociedad de esos títulos o el hecho de no haber sido nunca emitidos, como sucede habitualmente en las sociedades anónimas cerradas o de familia. Hoy podemos afirmar que la mayor parte de las sociedades anónimas de estas características, jamás emiten sus títulos accionarios.

Entendemos que la falta de exhibición de los títulos no obsta a que el accionista pueda demostrar su calidad de tal por otros medios de prueba, por cuanto, siguiendo las enseñanzas de Anaya, se es socio antes de la emisión de acciones; se es socio aunque no se emitan los títulos y se es socio por la suscripción e integración del capital, y los derechos no se extinguen por las circunstancias apuntadas.

La jurisprudencia, afortunadamente, ha compartido esta última posición, admitiendo la prueba de la calidad de socio a través de las constancias de los libros sociales, de los balances en los cuales figura la tenencia accionaria de quien invoca su carácter de socio, de cartas documento o cualquier otra notificación fehaciente donde la sociedad le reconozca al actor la calidad de accionista que invoca o mediante la prueba confesional, en la cual se reconoce a este su carácter de tal[9].

§ 3. Forma de emisión de los títulos accionarios

Las acciones pueden o no representarse en títulos que en este último caso pueden comprender una o más de ellas, y si bien el art. 208 de la ley 19.550 hace referencia a las acciones al portador, éstas —como hemos manifestado—

se encuentran excluidas de nuestro régimen legal, de conformidad con lo prescripto por la ley 24.567.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en la norma en análisis, los títulos accionarios pueden emitirse al portador o en forma nominativa, y en este último caso, endosable o no.

Las acciones son nominativas cuando mencionan el nombre de su titular. Como consecuencia de ello, la legitimación para el ejercicio de los derechos propios a la condición de socio que atribuye este tipo de acciones exige no sólo la posesión del título, sino también la identidad entre los datos personales del poseedor y los consignados en la acción y en el libro de registro de acciones (art. 213). A su vez, las acciones nominativas pueden ser endosables o no, según se haya previsto de una u otra forma en el estatuto. En el primer caso, y aunque ellas también se encuentran excluidas de nuestro régimen legal, que solo acepta las acciones nominativas no endosables, su transferencia requiere la firma de quien la transmita al dorso del documento, debiendo el titular legitimar su carácter de accionista mediante una cadena ininterrumpida de endosos (art. 215, párrafo) y solicitar el registro de la transferencia en el libro mencionado, a los efectos de acceder al ejercicio de sus derechos.

Si la acción es nominativa no endosable, esto es, las únicas vigentes por prescripción de la ley 24.567, su transferencia requiere el convenio de cesión entre cedente y cesionario, debiendo notificarse por escrito la transferencia a la sociedad, solicitando su registración en el libro de registro de acciones previsto por el art. 213, inc. 3º de la ley 19.550, a fin de que esa operación sea oponible a terceros y pueda el adquirente ejercer frente a la sociedad sus derechos de socio.

El art. 1849 del Código Civil y Comercial de la Nación, ha definido a los títulos valores nominativos no endosables, al título emitido a favor de una persona determinada, y cuya transmisión produce efectos respecto del emisor y terceros, al inscribirse en el respectivo registro, lo cual constituye definición que se ajusta a lo dispuesto por los arts. 213 y 215 de la ley 19.550.

Las acciones al portador son, por el contrario, títulos de legitimación anónima, pues no consta en ellos el nombre de su titular. Por ello su simple posesión, confiere al tenedor la legitimación para el ejercicio de los derechos inherentes a su calidad de accionista.

La sociedad identifica a los titulares de las acciones nominativas de conformidad a las constancias del libro de registro de acciones, quienes son los únicos accionistas legitimados para ejercer los derechos correspondientes. Por el contrario, la sociedad desconoce a los poseedores de acciones al portador, y en la necesidad de identificarlos prescribe la publicación de edictos para facilitar su asistencia a las asambleas, exigiendo el depósito previo de las acciones, o la exhibición del título para el ejercicio de los derechos patrimoniales.

§ 4. Certificados provisorios

Los certificados provisorios, cuya emisión prevé el art. 208 de la ley 19.550, deben ser obligatoriamente emitidos por la sociedad cuando las acciones no se encuentran totalmente integradas, debiendo ser aquellas emitidos en forma nominativa, pues ello permitirá a la sociedad iniciar las acciones judiciales previstas por los arts. 192 y 193 de la ley 19.550 contra los accionistas deudores de saldos de integración.

Los certificados provisorios, al igual que las acciones, deben llenar las mismas formalidades fijadas en el estatuto y en el art. 211 de la ley societaria.

Los certificados provisorios, con las formalidades indicadas, son títulos valores, participando de las características de los mismos, esto es, son literales, autónomos y necesarios, pues su posesión es indispensable para el ejercicio del derecho incorporado al mismo.

Pero para llenar su función deben satisfacer determinadas exigencias, como la de probar el derecho por sí mismos, acreditar que ese derecho será efectivizado por su intermedio sin dificultades, cubrir las formas estrictas esenciales que permitan conocer la naturaleza y extensión de los derechos y obligaciones, todo lo cual propende a tornar posible su circulación, que es la causa determinante de su creación[10].

La ley 19.550 dispone la obligatoriedad de emitir certificados provisorios necesariamente nominativos, mientras las acciones no están totalmente integradas. Cumplida la integración, sus titulares pueden exigir la entrega de los títulos definitivos y la sociedad deberá inscribir la conversión de los mismos en el libro de registro de acciones (art. 213, inc. 5º ley 19.550).

Pero debe advertirse que la total integración de los certificados provisorios, no los convierte automáticamente en títulos accionarios, y hasta tanto se cumpla con esa entrega, el certificado provisional será considerado definitivo, negociable y divisible.

§ 5. Derecho a exigir la entrega de certificados provisorios y acciones

El derecho de los accionistas a exigir la entrega de certificados provisorios o directamente acciones, en el caso de que la integración hubiera sido total en el momento de la constitución de la sociedad —del que se ha dicho que es el principal derecho del accionista[11]— se encuentra expresamente contemplado por el art. 208 de la ley 19.550, teniendo su fuente jurídica en la asunción de la calidad de socio, derivada de la constitución de la sociedad, de la que no puede ser privado porque importaría una verdadera expropiación[12]. Es pues un derecho que supone la preexistencia de la calidad de socio, la cual ha de resultar del instrumento de constitución, siendo exigible la acción —en tanto medie integración total del aporte— desde que la sociedad se encuentra inscripta registralmente.

§ 6. Certificados globales

El art. 208 de la ley 19.550, prevé la emisión, por las sociedades autorizadas a la oferta pública de sus acciones, de certificados globales de sus acciones integradas, con los requisitos de los arts. 211 y 212, a efectos de su inscripción en registros de depósito colectivo.

La finalidad de la norma es evidente pues tiende a evitar la circulación de las acciones, que muchas de las veces son de un valor nominal muy bajo y obliga a la emisión de infinidad de títulos en cada oportunidad en que es aumentado el capital social. La ley 22.903, con la incorporación de los certificados globales, tiende a poner fin a esa situación, siempre y cuando se encuentren reunidos los siguientes requisitos:

1. Que sólo sean emitidos por las sociedades autorizadas a la oferta pública de sus acciones. Ello no requiere explicación alguna, pues la emisión de certificados globales apunta precisamente a solucionar inconvenientes propios de estas clases de sociedades.

2. Que dichas acciones se encuentren integradas en forma total, lo cual explica la negociabilidad de los mismos (art. 208, párrafo 2º).

3. Que cumplan con los recaudos previstos por los arts. 211 y 212 de la ley 19.550, es decir, que cuenten con las siguientes menciones: denominación de la sociedad, su domicilio, fecha y lugar de constitución, duración y datos de registración, el capital social, el número, valor nominal y clase de acciones que representa y derechos que comporta. Por otro lado, esos certificados se ordenarán en numeración correlativa y serán suscriptos con firma autógrafa por lo menos de un director y un síndico, requisito este último que no puede ser obviado pues no debe olvidarse que para estas sociedades, la ley no admite la prescindencia de la sindicatura (arts. 84 y 299, inc. 1º).

4. Que esa emisión lo sea para su inscripción en el registro de depósito colectivo. La ley 22.903 se refiere sin lugar a dudas a la Caja de Valores, creada por los arts. 30 y ss. de la ley 20.643, que utiliza esa misma terminología, definiendo a esa institución como el ente autorizado para recibir depósitos colectivos de títulos públicos o privados (art. 31, ley 20.643).

Recordemos, aunque en forma somera, que el art. 35 de la ley 20.643 establece que podrán ser objeto de depósito colectivo los títulos valores emitidos por las personas jurídicas de carácter privado que hubieran sido autorizadas a efectuar su oferta pública, y que el depositante colectivo no transfiere a la Caja de Valores la propiedad ni el uso de los títulos valores depositados, los que deberá sólo conservar y custodiar, efectuando las operaciones y registraciones contables indicadas en la ley 20.643 (art. 41). La Caja de Valores deberá proceder a abrir una cuenta a nombre de cada depositante, cuentas que se subdividirán a su vez en tantas cuentas y subcuentas como comitentes denuncie el depositante, así como la clase, especie y emisor de los títulos valores depositados respectivamente (art. 42, ley citada).

El art. 208 de la ley 19.550 en la última parte del segundo párrafo, establece que los certificados globales deben ser considerados definitivos, negociables y divisibles, requisitos, estos dos últimos, que le permitirán a la Caja de Valores operar separadamente con las acciones incluidas en ese certificado. En cuanto a su carácter de definitivos, ello significa que el certificado no podrá ser reemplazado posteriormente por los títulos correspondientes, pero no implica que la totalidad de una emisión deba estar así representada. La ley es clara en cuanto al carácter facultativo de esa emisión y el uso del término "podrá" es, al respecto, lo suficientemente claro. Por ello debe concluirse que la sociedad no podrá obligar al accionista a recibir estos certificados, cuando aquel no opere con la Caja de Valores y, a diferencia de lo expuesto, sostenemos la procedencia del requerimiento de cualquier accionista a la sociedad de la emisión de certificados globales, para evitar precisamente los inconvenientes que la ley 22.903 ha tenido en miras al legislar este instituto.

Finalmente, y en relación con las sociedades que cotizan en Bolsa, el tercer párrafo del art. 208 de la ley 19.550 ha previsto que estas deberán emitir sus títulos representativos de las acciones, en las cantidades y proporciones que fijan los reglamentos de las Bolsas donde coticen. Con ello se incorpora, transcribiendo palabras de la Exposición de Motivos, una práctica corriente que no tenía sustento legal en sentido formal.

§ 7. Acciones escriturales

Conforme a lo dispuesto por el art. 208 de la ley 19.550, en sus últimos párrafos, el estatuto puede autorizar que todas las acciones o alguna de sus clases no se representen en títulos.

Lo expuesto adquiere relevancia, pues en este caso le quita a la acción el carácter de título circulatorio, al no estar representada en título alguno. Ello determina la inaplicabilidad, para este instituto, de las disposiciones sobre títulos valores que rigen, en materia de acciones, como normas supletorias (art. 226).

El problema surge cuando nos detenemos a pensar la forma mediante la cual el titular de estas acciones puede justificar su propiedad sobre las mismas y disponer de ellas. Al respecto, la ley 22.903 aclara que estas acciones deberán inscribirse en cuentas llevadas a nombre de sus titulares por la sociedad emisora en el registro de acciones escriturales, bancos comerciales o de inversión o caja de valores autorizados.

Resumiendo, las cuentas de las acciones escriturales pueden ser llevadas:

a) Por la sociedad emisora. Es el supuesto más corriente no sólo por ser el menos oneroso, sino porque permite un mayor control sobre el estado de las cuentas, teniendo en cuenta el régimen de responsabilidad que al respecto prescribe el penúltimo párrafo del art. 208 del ordenamiento societario vigente. Recuérdese que la ley 22.903 ha establecido como de aplicación obligatoria al libro de registro de acciones escriturales los mismos requisitos previstos por el art. 213 para el libro registro de acciones, en lo que resulte obviamente compatible, a cuya lectura corresponde remitir.

b) Por bancos comerciales o de inversión. Estas instituciones, al igual que la caja de valores, deben encontrarse expresamente autorizadas para llevar ese registro, pero, como ha sido sostenido acertadamente[13], la ley 22.903 no ha aclarado si los bancos comerciales, de inversión o caja de valores deben estar autorizados para poder registrar acciones escriturales o basta la autorización de leyes específicas. A mi juicio, debe concluirse, atento los términos de la redacción del artículo, que si esas instituciones se encuentran autorizadas a funcionar como tales, ello supone la facultad de llevar el registro de referencia, sin que deba requerirse autorización respectiva.

c) Por la Caja de Valores. Cuyo funcionamiento es reglamentado, como se dijo, por los arts. 30 a 60 de la ley 20.643.

En el primer caso, vale decir cuando el registro de acciones escriturales es llevado por la propia sociedad emisora, los titulares de las mismas se encuentran exceptuados de la obligación de depositar las constancias respectivas en la sociedad como requisito para la concurrencia a las asambleas, pero deben cursar comunicación para que se los inscriba en libro de asistencia, con no menos de tres días hábiles de anticipación a la fecha de celebración de la asamblea (art. 238, párrafo V). Por el contrario, cuando ese registro es llevado por los bancos comerciales o de inversión, o Cajas de Valores, los titulares de las acciones escriturales deben depositar, en el mismo plazo, las constancias de las cuentas correspondientes, que deben obligatoriamente librar esas instituciones, ante el requerimiento de aquellos (art. 208, último párrafo de la ley 19.550).

La ley 22.903, al incorporar las acciones escriturales a nuestra legislación, ha dejado en claro que la sociedad es siempre responsable ante los accionistas por los errores o irregularidades de las cuentas sin perjuicio de la responsabilidad del banco o Caja de Valores, ante la sociedad. Se advierte de lo expuesto que la ley ha querido responsabilizar en todos los supuestos a la sociedad emisora, pues desde que son los mismos socios quienes han admitido la posibilidad por vía estatutaria de emitir estas acciones, la sociedad responde por los actos de la institución elegida, simplemente por cuanto es aquella quien debe vigilar el cumplimiento de las obligaciones por parte del banco o caja, sin perjuicio de que, una vez satisfechos los perjuicios reclamados, tenga vía libre para demandar a quien llevaba esos registros, por indemnización de los daños causados.

Debe señalarse también, en relación con las acciones escriturales:

1. Que la sociedad, entidad bancaria o Caja de Valores deben otorgar al accionista comprobante de la apertura de su cuenta y de todo movimiento que inscriban en ella. Todo accionista tiene además el derecho a que se le entregue, en todo tiempo, constancias del saldo de su cuenta, a su costa (art. 208, in fine).

2. Que, aun cuando la ley nada dice, sostenemos que, existiendo cláusula permisiva en el estatuto, y de resolver la asamblea la emisión de acciones escriturales, puede delegarse en el directorio la facultad de designar quién llevará el registro correspondiente.

Art. 209.—

Indivisibilidad. Condominio: representante. Las acciones son indivisibles.

Si existe copropiedad se aplican las reglas del condominio. La sociedad puede exigir la unificación de la representación para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones sociales.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 156, 166 inc. 1º, 207; Código Civil: arts. 2673 a 2755.LSC Uruguay: art. 296.

§ 1. Fundamento de la indivisibilidad de la acción

La acción no puede fraccionarse entre varias personas; ello es una consecuencia del carácter legitimante de la misma, en el sentido de que la titularidad de una acción es suficiente, pero también necesaria, para acreditar la calidad de socio.

Con otras palabras: para ser socio hay que ser propietario al menos de una acción, y la titularidad plural no da lugar a tantos socios como propietarios del título[14].

Rodrigo Uría, comentando el art. 40 de la ley española de Sociedades Anónimas de 1951, que consagraba también el principio de la indivisibilidad de la acción, señaló acertadamente que el sentido de esta exigencia apunta tanto al interés de los socios como al de la sociedad emisora. En interés de los primeros, porque siendo la acción indivisible, no pierde su facilidad de circulación, y en interés de la sociedad, pues, si no rigiese ese principio, las frecuentes subdivisiones de la propiedad, acaecidas sobre todo en las sucesiones mortis causa, complicarían extraordinariamente el cobro de dividendos, el cómputo de votos, etcétera.

El principio de la indivisibilidad de la acción está consagrado en el art. 166, inc. 1º de la ley 19.550, cuando establece que el acto constitutivo debe contener, entre otros requisitos, las características de las acciones, pues si la división de acciones se hace en el estatuto, éstas no pueden ser susceptibles de una posterior división, pues ello implicaría una modificación del estatuto por voluntad unilateral, lo cual infringe además lo dispuesto por el art. 207 de la ley 19.550, que prescribe que todas las acciones deben tener el mismo valor.

§ 2. Régimen de copropiedad de las acciones

El art. 209 de la ley 19.550, dispone que en caso de copropiedad de acciones, se aplican las reglas del condominio (arts. 1983 a 2003, Código Civil y Comercial de la Nación), debiendo los copropietarios designar un representante por mayoría absoluta (art. 1993, Código Civil y Comercial), a los efectos de ejercer los derechos que correspondan a la calidad de socio. Recuérdese que en materia de condominio, la mayoría no es numérica sino que se encuentra en proporción a los valores de la parte de los condóminos, en la cosa común (art. 1994 del Código citado).

Es necesario tener presente:

a) La acción, como se advirtió, no puede ser dividida entre los condóminos, pero cualquiera de ellos puede pedir su venta, en forma privada o judicial, en este caso, en la Bolsa de Comercio, a través de los procedimientos previstos por dicha entidad.

b) Los dividendos de la sociedad, no habiendo estipulación en contrario, o disposición de última voluntad, serán divididos por los condóminos en proporción a su participación (art. 1995 CCyCN), pero en caso de duda sobre el valor de la parte de cada uno de los condóminos, se presume que son iguales (art. 1983 del referido ordenamiento legal).

El representante de los condóminos, que debe ser elegido en asamblea, debe ejercitar los derechos de socio, y ello es de toda evidencia, pues la finalidad del art. 209 no consiste tanto en la regulación del contenido de la situación de copropiedad de las acciones, sino la de establecer normas para determinar en principio la legitimidad de a quién le corresponde el ejercicio de aquellos derechos, lo cual simplifica la relación entre la sociedad y los copropietarios y facilita las relaciones internas entre los mismos, en concordancia con el principio según el cual estos tienen derecho a administrar la cosa común, contribuyendo a formar la voluntad colectiva que será manifestada por su representante.

Así entendido, resulta lógico que el artículo en análisis disponga que la sociedad pueda exigir la unificación de la representación para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones sociales.

La ley 19.550 no consagra, a diferencia de otras legislaciones, la responsabilidad solidaria de los copropietarios frente a la sociedad por las obligaciones derivadas de la condición de accionista. Rige por el contrario el art. 1992 del Código Civil y Comercial de la Nación, que descarta precisamente esa solidaridad.

La responsabilidad prevista por el art. 210 de la ley 19.550, respecto del cedente que no haya completado la integración de los aportes, es inaplicable a la situación contemplada por el art. 209 del mismo ordenamiento legal, pues la solidaridad no puede aplicarse por analogía (art. 828 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Art. 210.—

Cesión: garantía de los cedentes sucesivos. Efectos del pago por el cedente. El cedente que no haya completado la integración de las acciones, responde ilimitada y solidariamente por los pagos debidos por los cesionarios. El cedente que realice algún pago, será copropietario de las acciones cedidas en proporción de lo pagado.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 213; resolución general de Justicia 7/2015, art. 105. LSC Uruguay: art. 299.

§ 1. Responsabilidad de los cedentes

El art. 210 de la ley 19.550 contempla un aspecto específico del contrato de cesión o transferencia de acciones, previendo la situación que se presenta

cuando el cedente no haya completado la integración de las acciones que oportunamente ha suscripto, consagrando una solución que tiene en cuenta no sólo los intereses de la sociedad sino que protege adecuadamente los derechos de quien ha cedido su participación, afrontando una obligación de la cual se había desligado.

La sociedad emisora puede iniciar la ejecución, a efectos de percibir los saldos de integración o dividendos pasivos, contra cedente y cesionario en forma conjunta o indistinta, resultándole inoponible la transferencia a esos efectos, aun cuando la misma se haya inscripto en el libro de registro de acciones. La solución encuentra fundamento en lo dispuesto por el último párrafo del art. 1021 del Código Civil, en cuanto dispone que los contratos no pueden perjudicar a terceros.

El cedente debe pues responder por esos pagos, aun cuando el cesionario se haya comprometido a satisfacerlos en el convenio de cesión, que resulta, como se señaló, inoponible a la sociedad, no obstante lo cual, una vez satisfecha la integración total —tal es el límite de la responsabilidad consagrada por la norma en estudio— será considerado por la ley como copropietario de las acciones cedidas en proporción a lo pagado.

Art. 211.—

Formalidades. Menciones esenciales. El estatuto social establecerá las formalidades de las acciones y de los certificados provisionales.

Son esenciales las siguientes menciones:

1) Denominación de la sociedad, domicilio, fecha y lugar de constitución, duración e inscripción;

2) El capital social;

3) El número, valor nominal y clase de acciones que representa el título y derechos que comporta;

4) En los certificados provisionales, la anotación de las integraciones que se efectúen.

Las variaciones de las menciones precedentes, excepto las relativas al capital, deberán hacerse constar en los títulos.

CONCORDANCIAS: Ley 19.550: arts. 211, 213. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015: art. 146.LSC Uruguay: art. 300.

Art. 212.—

Numeración. Los títulos y las acciones que representan se ordenarán en numeración correlativa.

Firma: su reemplazo. Serán suscriptas con firma autógrafa por no menos de un director y un síndico. La autoridad de control podrá autorizar, en cada caso, su reemplazo por impresión que garantice la autenticidad de los títulos, y la sociedad inscribirá en su legajo un facsímil de éstos.

Cupones. Los cupones pueden ser al portador aun en las acciones nominativas. Esta disposición es aplicable a los certificados.

CONCORDANCIAS: ley 19.550: arts. 211, 213. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015: art. 146; LSC Uruguay: arts. 301, 302.

§ 1. Formalidades de las acciones y certificados provisorios

Tanto las acciones como los certificados provisorios emitidos por la sociedad deben contener los requisitos enumerados por el art. 211 de la ley 19.550 —llamados esenciales por el legislador—, sin perjuicio de las demás menciones y formalidades exigidas por el estatuto.

La inserción de esos requisitos formales tiene por fin la publicidad de ciertos datos de la sociedad emisora, cuyo conocimiento puede considerarse de importancia para terceros, en caso de transferencia de acciones o cuando su titular pretende realizar determinadas operaciones jurídicas sobre las mismas, en especial, obtener créditos personales, ofreciendo sus acciones en prenda a los fines de asegurar la devolución del dinero prestado. Claro está, sin embargo, que tales datos tienen una significación relativa, pues en tanto la ley 19.550 no obliga a canjear los títulos en oportunidad de modificarse cualquiera de los datos contenidos en el art. 211 por vía de una reforma estatutaria, es muy posible, y así sucede habitualmente, que las constancias que dicha norma requiere como de inserción necesaria en los títulos accionarios, queden totalmente desactualizadas.

Los requisitos esenciales que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 211 de la ley 19.550 deben constar en los títulos accionarios son los siguientes: a) la denominación de la sociedad, su domicilio, fecha y lugar de constitución,

duración y datos registrales; b) el capital social; c) el número, valor nominal y clase de acciones que representa el título, y derechos que comporta y, d) en los certificados provisorios, la anotación de las integraciones que se efectúan.

La variación de las menciones precedentes deberá hacerse constar en el título, con excepción de los relativos al capital social, que, por ser este un elemento de constante variabilidad, hace desaconsejable el continuo canje de acciones.

Por otro lado, los títulos y las acciones que representan, se ordenarán en forma correlativa (art. 212, párrafo 1º). Serán asimismo suscriptas con firma autógrafa de no menos de un director y un síndico, pero, a fines de evitar los problemas que ocasiona su excesivo número, la ley 19.550 autoriza a la autoridad de control, en cada caso, su reemplazo por una impresión que garantice la autenticidad de los títulos, y la sociedad inscribirá en su legajo un facsímil de estos.

El art. 212 de la ley 19.550, exige, como se advirtió, no sólo la firma de un director, sino también la de un síndico, pues la importancia de la emisión justifica un estricto control de legalidad de acto. Igual obligación corresponde al presidente del consejo de vigilancia, pese al silencio de la ley, que no lo incluye en la norma, sin razón justificada.

§ 2. Omisión de las formalidades establecidas por el art. 211

Lamentablemente, el art. 211 de la ley 19.550, no ha establecido la sanción que corresponde a la emisión de los títulos a los cuales le falte alguno de los requisitos mencionados en los arts. 211 y 212.

La omisión señalada ha sido preocupación de la doctrina y jurisprudencia, quienes se han pronunciado coincidentemente en sostener que sólo son susceptibles de ocasionar la nulidad del título, la omisión de la denominación de la sociedad, el capital social, el número, valor nominal y clase de acciones que representa el título y derechos que comporta y la firma del mismo, con el alcance que exige el art. 212 de la ley 19.550 y en consecuencia, los titulares de los documentos a los cuales les falten esos requisitos no podrán invocar derecho alguno contra la sociedad, en tanto lo funden exclusivamente en las constancias emergentes de los mismos[15]. Serán simples documentos probatorios del derecho, pero que no contienen el derecho mismo, y la existencia de este no depende para nada de la posesión de aquellos a punto tal que la calidad de socio puede ser acreditada por otros medios de prueba, aunque falten estos documentos.

§ 3. Cupones. Naturaleza jurídica. Importancia

Los cupones son elementos que generalmente se adhieren a los títulos de la acción y constituyen el documento legitimarte para el cobro de los dividendos.

El art. 212 último párrafo de la ley 19.550 dispone que los cupones pueden ser al portador, aun en las acciones nominativas, disposición también aplicable a los certificados provisorios.

Los cupones representan los dividendos anexados al título, que se separan para percibir los mismos, transformándose los cupones cortados en títulos al portador, transmisibles por tradición manual[16]. Así entendidos, no caben dudas de que los cupones son títulos de crédito, siempre y cuando los mismos contengan la identificación de la sociedad emisora, las características de la acción a la cual están adheridos, número de acciones que integran la lámina de la cual fueron separados, y ello a fines de establecer el monto del crédito que representan, y el número de los cupones, para su mayor individualización.

No obstante ello, los cupones pierden su carácter de títulos de crédito cuando el sistema previsto por la ley es reemplazado por un cuadriculado al dorso del título, que es sellado o marcado por la sociedad en oportunidad de abonarse cada dividendo.

Por último, y como surge del texto legal, los cupones pueden tener una circulación diferente al título al cual acceden, facilitándose de esta manera la percepción del dividendo, pues el titular de las acciones puede negociar los cupones sin desprenderse de su participación accionaria.

La ley 24.587, de nominativización obligatoria de las acciones, no modificó el régimen legal de los cupones, ni los convirtió en títulos nominativos no endosables, admitiendo expresamente en su art. 4º de dicho ordenamiento legal que los títulos valores privados nominativos no endosables podrán llevar cupones al portador, los que deberán contener la numeración del título valor al que pertenecen, presumiéndose son admitir prueba en contrario que los cupones pertenecen a la persona a cuyo nombre están inscriptos los títulos, salvo en el caso en que el portador de cupones que dan derecho a la suscripción de nuevas acciones, requiera que estas últimas sean emitidas directamente a su nombre.

Art. 213.—

Libro de Registro de Acciones. Se llevará un libro registro de acciones con las formalidades de los libros de comercio de libre consulta por los accionistas en el que se asentará:

1) Clases de acciones, derechos y obligaciones que comporten;

2) Estado de integración, con indicación del nombre del suscriptor;

3) Si son al portador, los números; si son nominativas, las sucesivas transferencias con detalle de fechas e individualización de los adquirentes;

4) Los derechos reales que gravan las acciones nominativas;

5) La conversión de los títulos, con los datos que correspondan a los nuevos,

6) Cualquier otra mención que derive de la situación jurídica de las acciones y de sus modificaciones.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 208, 211, 213 215, 218, 219. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015: arts. 83 y 490; LSC Uruguay: art. 303.

§ 1. El libro de registro de acciones

La ley 19.550 obliga a la sociedad a llevar un libro de registro de acciones, con las formalidades propias de los libros de comercio, en lo que respecta al cumplimiento de los requisitos de forma y fondo establecidos por el Código de Comercio, cuyas constancias serán de libre consulta por los accionistas.

El libro de registro de acciones desempeña un primer rol general y relativo a toda clase de sociedades: el de registrar el nombre o la denominación de cada suscriptor así como el número de las respectivas acciones que cada uno de ellos es titilar, y un segundo rol con respecto de las acciones nominativas, asentando sus sucesivas transferencias[17], sin perjuicio de la necesaria registración, en ese libro, de otros contratos sobre participaciones accionarias a los cuales se refiere expresamente la ley 19.550 (arts. 218 y 219) o medidas cautelares trabadas contra su titular (art. 218).

En el libro de registro de acciones se asentarán:

a) Las clases de acciones, derechos y obligaciones que comportan.

b) El estado de suscripción de las mismas, con indicación del nombre del suscriptor. Ello impone registrar la emisión de certificados provisorios que deben ser necesariamente nominativos (art. 208).

c) Si son al portador, los números. Si son nominativas, sus sucesivas transferencias, con individualización de los adquirentes.

d) La transmisión de acciones nominativas debe notificarse a la sociedad por escrito o inscribirse en el libro de registro de acciones, aun cuando el cumplimiento de estos requisitos varía tratándose de transferencia mortis causa, y ejecución forzada. En el primer caso, la registración de los títulos requiere la necesaria declaratoria de herederos o aprobación judicial de testamento. En la ejecución forzada, la declaración del enajenante es reemplazada por la comunicación judicial.

e) Los derechos reales que graven las acciones nominativas. La ley se refiere al usufructo y prenda de acciones nominativas legisladas por los arts. 218 y 219 de la ley en análisis.

f) La conversión de los títulos, con los datos que corresponden a los nuevos. La disposición es aplicable a los certificados provisorios, cuya integración en efectivo se realiza totalmente, en cuyo caso, sus titulares deben exigir los títulos definitivos (art. 208, párr. 2º).

g) Cualquier otra mención que derive de la situación jurídica de las acciones y de sus modificaciones. Entre ellas, el embargo de las mismas, que se hace efectivo con la inscripción en el libro de registro de acciones.

La inscripción de la transferencia de acciones nominativas, así como la constitución de usufructo, prenda o embargo sobre las mismas en el libro registro de acciones, es un requisito esencial a efectos de que esos actos sean oponibles a la sociedad y terceros. En consecuencia, los acreedores del cedente podrán ejecutar sus acciones si la transferencia no se ha inscripto en el libro mencionado; el cesionario, por otro lado, no se encuentra legitimado para ejercer los derechos de socio si ese trámite no ha sido llevado a cabo.

La inscripción del accionista en el libro previsto por el art. 213 de la ley 19.550 constituye la prueba por excelencia, aunque no exclusiva, de la calidad de socio, y en principio, notificada la adquisición de acciones de la sociedad emisora por parte del cedente o del cesionario, el directorio debe proceder a inscribir esa nueva titularidad en el libro de registro de acciones y a partir de allí la transferencia efectuada es plenamente oponible en las relaciones existentes entre la sociedad y el accionista y entre los accionistas entre sí.

Si el directorio de la sociedad se niega a inscribir la transferencia o quiénes fueron los otorgantes de dicha operación no realizan la comunicación prevista por el art. 215 de la ley 19.550, el adquirente de las acciones deberá promover una acción judicial tendiente a obtener dicha registración, a los fines de ejercer los derechos de socio, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que podrá promover contra los directores remisos (art. 279 de la ley 19.550) y las acciones de remoción que tendrá derecho de iniciar, una vez inscripta su calidad de socio en el libro previsto por el art. 213 de la ley 19.550.

La jurisprudencia y doctrina han discurrido sobre las facultades del directorio para negarse a inscribir una transferencia de acciones y/o a exigir la exhibición o entrega de copia del documento de transferencia, lo cual me parece lógico, por cuanto el directorio, en cumplimiento de las funciones previstas en el art. 215 no actúa como un mero buzón, debiendo efectuar el control sobre la legalidad de la operación(18). Repárese por ejemplo, el caso de que el documento de transferencia de acciones hubiera omitido la firma del cónyuge del vendedor, en infracción con lo dispuesto por el art. 470 inc. b) del Código Civil y Comercial de la Nación, resultando lógica en consecuencia, la oposición del órgano de administración, de llevar a cabo esa registración. Pero queda claro que el directorio debe actuar con rapidez y no incurrir en actitudes abusivas, pues como ya se ha manifestado, la demora injustificada en la toma de razón de las operaciones mencionadas en el art. 215 de la ley 19.550 es causal de remoción y de responsabilidad de sus integrantes.

Del mismo modo, la falta de registración de la transferencia de acciones en el libro de registro de acciones, no priva de sus efectos al contrato de compraventa celebrado entre las partes, que es válida y plenamente eficaz entre ellos, resultando esa inscripción irrelevante a efectos de reclamar los derechos u obligaciones derivados de ese contrato.

En cuanto a la a sustracción del libro de registro de accionistas y sus consecuencias legales, en forma por demás acertada, el Código Civil y Comercial de la Nación, incorporó un Capítulo —el sexto— a Título V, dedicado a los títulos valores, cuyo parágrafo cuarto se dedica a la sustracción, pérdida o destrucción de los libros de registro, reglamentando un procedimiento para la reconstrucción del mismo, que debe tramitarse por denuncia ante el juez del domicilio de la sociedad emisora, con copias a la Inspección General de Justicia o a la Comisión Nacional de Valores, según el caso (arts. 1876 a 1881 CCyCN), trámite judicial que concluye cuando el magistrado interviniente dispone la confección de un nuevo libro de registro de títulos valores nominativos o no cartulares, en el que deben asentarse las inscripciones que se ordenen por sentencia firme.

Pero lo verdaderamente destacable de estas disposiciones, es que el artículo 1880 del Código Civil y Comercial de la Nación, autoriza a quienes pretenden ejercer derechos sobre los títulos valores perdidos, sustraídos o extraviados, el ejercicio cautelar de los derechos emergentes de los mismos, antes de la confección del nuevo libro y antes de que se dicte o quede firme la sentencia que ordena la inscripción respecto de un título valor determinado, bajo la caución que judicialmente se determine. Pero ello no es todo, porque el artículo 1881 del nuevo ordenamiento legal, dispone que la denuncia de sustracción, pérdida o destrucción del libro de registro autoriza al juez, a pedido de parte interesada y conforme a las circunstancias del caso, a disponer una intervención cautelar o una veeduría respecto del emisor y de quien llevaba el libro —para el caso de las acciones escriturales— , con la extensión que el magistrado estime pertinente para la adecuada protección de quienes resultan titulares de derechos sobre títulos valores registrados, pudiendo también ordenar la suspensión de la realización de asambleas, cuando circunstancias excepcionales así lo aconsejen.

No podemos dejar de adherir a estas soluciones, que pretenden poner fin a ilegítimas actuaciones del grupo de control, que no hacen otra cosa que perjudicar el correcto funcionamiento interno de la sociedad y el pleno ejercicio de los derechos inherentes a la calidad de socio. En el mismo camino, la Inspección General de Justicia, en el art. 83 de la resolución general 7/2005 ("Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia"), había admitido expresamente la inscripción de resoluciones sociales formalizadas directamente en escritura pública, importen o no reforma del estatuto o contrato social, cuando la sociedad no disponga de los libros de actas o de asistencia a asambleas, norma que —no obstante— fuera modificada por la resolución 7/2015, cuyo art. 83 I. sólo autoriza la registración de las escrituras públicas ante la carencia de libros rubricados, solo si se trata de la designación del órgano de administración, lo cual constituye un enorme retroceso, pues pone en manos de quienes legalmente tienen a cargo la obligación de conservar los libros sociales —esto es, los administradores de la compañía— la adopción de acuerdos sociales, frustrando, con el solo recurso de sustraer dichos registros, el normal funcionamiento de la sociedad.

Finalmente, y en lo que se refiere a la legitimación para solicitar inscripciones en el libro previsto por el art. 213 de la ley 19.550, el art. 215 de dicho cuerpo legal, en su último párrafo, distingue entre acciones nominativas endosables y no endosables, cuya transferencia se lleva a cabo mediante un convenio de cesión. En este caso, el legislador no diferencia entre quiénes pueden solicitar la registración del acto, encontrándose legitimados el cedente en forma individual o ambas partes, en forma conjunta. Tratándose de acciones endosables, el art. 213 de la ley 19.550 establece que quien se encuentra legitimado para inscribir sus acciones en el referido libro es el endosatario que justifique su legitimación con una serie ininterrumpida de endosos, aunque esta norma ha perdido toda vigencia, con la sanción de la ley 24.587, que solo autoriza la emisión de acciones nominativas no endosables, con exclusión de cualquier otra acción.

Art. 214.—

Transmisibilidad. La transmisión de las acciones es libre.

El estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de su transferencia.

La limitación deberá constar en el título o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 153, 154. Resolución general IGJ 7/2015, art. 147. LSC Uruguay: art. 305.

§ 1. Transmisibilidad de las acciones y límites que pueden establecerse por vía estatutaria

Hemos ya señalado que la circulación de la acción es una característica esencial y un rasgo tipificante de la sociedad anónima.

Como principio general, la transmisión de las acciones es libre, vale decir, exenta de conformidades por parte de los restantes accionistas u órganos de la sociedad emisora. No obstante ello, y tratándose de acciones nominativas o escriturales, pueden imponerse restricciones a su transmisibilidad, a condición de que esas restricciones no importen la prohibición de su transferencia. Estos menesteres hacen que el juego práctico de la cláusula restrictiva permita la posibilidad de negociar la acción, aun cuando restrinja la libertad de negociación.

La validez de las cláusulas limitativas a la circulación de acciones ha sido aceptada por la doctrina y también por la ley vigente, pese al principio teórico de la transmisibilidad fundado en la naturaleza intuitu pecuniae y no intuitu personae de la sociedad anónima[19]. El legislador ha debido merituar, para aceptar su incorporación en la ley vigente, razones de índole práctica que aconsejaban su admisión, en orden a preservar las características de las sociedades "cerradas" o de las llamadas "sociedades anónimas de familia", o bien integradas por profesionales, en las cuales la libre transferencia de las acciones puede alterar la cohesión del grupo fundador, la hegemonía en la conducción de la sociedad y evitar perturbaciones en la marcha normal de la misma, o, como bien sostiene Halperin[20], evitar el ingreso de accionistas con interés contrario.

Pero es importante aclarar que para mantener la validez de las cláusulas de limitación a la transmisión de las acciones, es necesario que las mismas no impongan tantos obstáculos que en los hechos impidan la circulación de los títulos, o que, subordinada la transferencia de las acciones a la conformidad de determinados sujetos, ya sea los restantes accionistas, o los órganos de gobierno o administración de la sociedad, la decisión de los mismos resulte arbitraria, basada en la sola voluntad de ellos, puesto que, en esa hipótesis, constituiría un claro ejercicio abusivo de las facultades estatutarias, desviado del fin para el cual fueron otorgadas, y fulminado por lo dispuesto en el art. 1071 del Código Civil[21]—hoy art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación—.

Dos son las clásicas fórmulas que se utilizan para restringir la libre circulación de las acciones:

a) La conformidad de los órganos de gobierno o administración de la sociedad y

b) La posibilidad de que los restantes accionistas o la misma sociedad ejerzan el derecho de preferencia en la adquisición de las acciones cuya venta pretende un

accionista, a prorrata de sus respectivas tenencias; derecho que se complementa, de ordinario, con el derecho de acrecer, para el caso de que alguno de los accionistas no ejerciera su derecho su opción.

En este último caso, la cuestión no se encuentra exenta de dificultades, y requiere del estatuto no sólo la determinación del procedimiento a seguir, que debe responder a la celeridad que caracteriza a todas las operaciones mercantiles, sino también la forma de la determinación del precio, que, conforme doctrina, debe ser justo y equilibrado, y en consecuencia, cualquier método de fijación será adecuado, siempre y cuando se respete esa premisa fundamental[22].

A diferencia de lo que acontece con el art. 153 de la ley 19.550, referido a la transferencia de cuotas en las sociedades de responsabilidad limitada, el art. 214, que peca quizás por insuficiencia, no contiene una reglamentación de los procedimientos necesarios a los fines de la operatividad de las cláusulas que son objeto de análisis, pero consideramos que las soluciones previstas por aquella norma son aplicables por analogía, máxime si se repara en la enorme semejanza entre las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas no cotizadas, caracterizadas ambas por un rasgo intuitu rei que resulta indiscutible.

Las cláusulas limitativas de la circulación de las acciones son inoponibles a los terceros, si estas no constan en el título (art. 214, in fine de la ley 19.550), y con ello el legislador ha pretendido otorgar publicidad a las mismas, evitando que el tercero de buena fe pueda ser sorprendido si, con posterioridad a la adquisición de las mismas, es declarada la nulidad de la operación como consecuencia de no haberse respetado el procedimiento previsto por el estatuto social para la transferencia de las acciones. Por ello es que, inserta estatutariamente la cláusula de limitación de transferencia de las acciones, su violación afecta la validez de la operación, pues estos no pueden desconocer su existencia.

§ 2. La limitación a la transferencia de las acciones y la protección del accionista

Las cláusulas limitativas de la circulación de las acciones nominativas o escriturales pueden ser insertas en el acto fundacional o posteriormente, a través de una reforma estatutaria, resuelta por asamblea extraordinaria de accionistas (art. 235, párr. 1º de la ley 19.550). En este último caso, los accionistas disconformes con tal modificación, pueden ejercer el derecho de receso, en los términos del art. 245, por idénticos fundamentos a los que inspiraron al legislador al incluir ese derecho para el caso de que el órgano de gobierno de la sociedad resuelva el retiro de la sociedad del régimen de la oferta pública de sus acciones o cotización de las mismas.

Inserta la cláusula limitativa en el acto fundacional, y exigiendo la transferencia de las acciones la conformidad de los órganos de gobierno o administración de la sociedad, el accionista que resuelva vender sus acciones tiene derecho a exigir de tales órganos, la fundamentación necesaria que justifique una resolución negativa, pues de lo contrario, como habíamos visto, dicho acuerdo puede ser atacado de nulidad, por la vía de los arts. 251 de la ley 19.550 y art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La jurisprudencia ha admitido el derecho del accionista de impugnar de nulidad la resolución asamblearia o decisión del directorio que deniega sin fundamentos la venta de sus acciones. Igual posibilidad le corresponde cuando tales fundamentos no le fueran satisfactorios; pero la jurisprudencia, acertadamente, le ha exigido la prueba de que esta actuación de la sociedad estaba inspirada en propósitos persecutorios o de indebida discriminación, en beneficio de los integrantes de una mayoría, o que la apelación al interés social constituya un engaño o una apariencia que encubriera el designio de aprovechamiento de la mayoría para beneficiarse a expensas de uno o varios socios(23).

Del mismo modo, y siempre en el caso de la existencia de una cláusula estatutaria que haga depender la concreción de la operación de compraventa de acciones a la conformidad expresa del directorio, es obvio que, aunque el estatuto no fijare plazo para que el órgano de administración se pronuncie, ello no habilita para que el directorio difiera indefinidamente el tratamiento y la decisión que le correspondiera adoptar. Ante esa circunstancia, los accionistas que participaron en esa operación podrán intimar al directorio para pronunciarse, constituyendo a sus integrantes en mora, cuando aquellos interpreten que la demora incurrida ha excedido de lo razonable(24).

La jurisprudencia ha considerado plenamente aplicable el art. 214 de la ley 19.550, cuando la venta de las acciones se lleva a cabo a través de un procedimiento de licitación privado y estatutariamente fue prevista la aceptación de la operación por el directorio, quien solo podrá negarse a aceptar la misma, cuando tenga razones fundadas(25).

§ 3. La limitación a la transferencia de acciones nominativas y las transmisiones mortis causa

La posibilidad de restringir estatutariamente la libre circulación de acciones nominativas o escriturales no queda circunscripta a las transferencias entre vivos, pues el art. 214 de la ley 19.550, no impone semejante limitación.

Por el contrario, ni la doctrina nacional ni extranjera han limitado la posibilidad de restringir la circulación de las acciones a los actos entre vivos, como lo ha sostenido la Inspección General de Justicia, en el caso "El Chañar Sociedad

Anónima ante la Inspección General de Justicia", que mereciera su posterior revocación por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en ejemplar fallo del 27 de octubre de 1993, en el cual se sostuvo que si se trata de una cláusula que otorga a los accionistas supérstites o a la sociedad, el derecho de preferencia para la adquisición de las acciones de que era titular el accionista fallecido, deberán respetarse los límites del ejercicio de tal procedimiento, y si nadie quiere ejercitar tal derecho en un plazo establecido, es obvio que el heredero o legatario deberá ser reconocido como accionista. Resguardado este derecho y asegurado que el precio que se pague por las acciones sea justo, no existen obstáculos para admitir cláusulas como las descriptas[26].

El interés que despierta la cuestión y su innegable trascendencia práctica impone detenernos en el tema.

Los profesores Halperin[27]y Zaldívar[28], si bien no abordan específicamente la cuestión de la limitación de la transferencia de acciones en el supuesto de muerte de un accionista, justifican la solución prevista por el art. 214 de la ley 19.550, en cuanto admite la posibilidad de limitar la transmisibilidad de las acciones por los socios fundadores, en la necesidad de restringir su ingreso a la sociedad que integran, por parte de personas que no responden a los mismos intereses que los socios fundadores, ya sea para mantener la cohesión del grupo, la hegemonía en la conducción u otros motivos. En estos casos, sostiene Zaldívar, se hace necesario recurrir a la restricción de la transmisibilidad de las acciones a efectos de que los accionistas no puedan transferirlas a personas ajenas a sus intereses.

Es evidente, a la luz de las conclusiones de los autores citados (que valga recordar, han formado parte de la Comisión Redactora de la ley 19.550), que los motivos que han tenido los legisladores, al redactar el art. 214 comprenden tanto los actos entre vivos como los mortis causa, pues los fundamentos que la inspiran son exactamente los mismos en uno y otro caso.

El tema en debate, esto es, la inclusión en la norma del art. 214 de la ley 19.550, de las transmisiones mortis causa, ha sido magníficamente abordado por la doctrina española, en especial, por autores de la talla de Broseta Pont y Rubio entre otros, y ha sido incorporada legislativamente por el Real Decreto Legislativo 1564/89, del 22 de diciembre de 1989 a la Ley de Sociedades Anónimas de ese país.

Recordemos que, en España, la ley del 17 de julio de 1951 de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, en su art. 46, incluía una norma muy parecida a la del art. 214 de la ley 19.550 conforme a la cual las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción sólo serán válidas frente a la sociedad cuando estén expresamente impuestas en el Estatuto. En todo caso, la transmisión de las acciones nominativas deberá ser comunicada por escrito a la sociedad y anotada por esta en el libro correspondiente.

Se observa que, tanto en el caso del art. 214 de la ley 19.550 como en el caso del art. 46 de la ley española, se utiliza la expresión "transmisibilidad", lo cual adquiere trascendental importancia, como veremos en los párrafos siguientes.

Dice el profesor Manuel Broseta Pont en su clásica obra Restricciones a la libre transmisibilidad de acciones[29], que puesto que las restricciones estatutarias protegen la integridad de la sociedad, impidiendo el ingreso de quienes pueden destruirla y aquella puede indudablemente verse amenazada cuando a la muerte de un accionista, su heredero o legatario pretende sucederle en su condición de accionista, cabe preguntarse si las restricciones estatutarias son aplicables a las transmisiones 'mortis causa' o por el contrario, exclusivamente a las diversas formas de transmisión inter vivos. La respuesta en principio parece que debe ser afirmativa, puesto que por aquel tipo de sucesión las restricciones y el interés social que las justifica puede violarse y además, porque al referirse la LSA (Ley de Sociedades Anónimas, art. 46) a la 'transmisibilidad', de la acción, parece referirse a ambas, pues las dos son formas o modos de transmisión. Esta parece ser, pues, la solución válida para nuestro derecho, siempre que, como veremos, lo afirmen expresamente los estatutos y su aplicación no se traduzca en una exclusión de la transmisibilidad de la acción".

Por su parte, el profesor español Rodrigo Uría, en su Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas[30]sostenía que como la ley en general habla de limitar la transmisibilidad de las acciones, habrá que admitir en principio que las cláusulas limitativas pueden afectar tanto a las transmisiones ínter vivos como a las mortis causa. Ahora bien, en nuestra opinión, para que las limitaciones jueguen en las transmisiones por causa de muerte, es necesario que se las declare así en los estatutos (...). Se precisa así una disposición expresa y clara en los estatutos en tal sentido", citando en su apoyo las opiniones de autores de la talla de Girón Tena, Rodríguez y Rodríguez, y Rubio[31].

Finalmente, cabe señalar que por Real Decreto Legislativo 1564/89, del 22 de diciembre de 1989, que modificó la Ley de Sociedades Anónimas de España de 1951, el nuevo texto del art. 64 de la misma consagra expresamente la posibilidad de restringir la circulación de acciones de una sociedad anónima al caso de transferencia mortis causa. Dice textualmente esa disposición legal que: "Las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones sólo serán aplicables a las adquisiciones por causa de muerte, cuando así lo establezcan expresamente los propios estatutos. En este supuesto, para rechazar la inscripción de la transmisión en el libro de Registro de Acciones nominativas, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor real en el momento en que se solicitó su inscripción, de acuerdo con lo previsto por el art. 75".

La doctrina expuesta en los párrafos anteriores resulta plenamente aplicable a nuestro derecho en la medida en que se repare en la similitud entre el art. 64 de la Ley de Sociedades Anónimas de ese país (y su antecedente, el art. 46 de la ley española de 1951), con nuestro art. 214 de la ley 19.550, sin que a ello obste lo dispuesto por los arts. 3410 y 3417 del Código Civil (hoy art. 2337 del CCyCN) —que han sido invocados como fundamento para sostener la posición contraria a la aplicación del art. 214 a las transmisiones mortis causa—, la cual, fundada

en que la sucesión es la transmisión de todos los derechos activos y pasivos del causante, y que el heredero continúa la persona del difunto y es propietario de todo lo que el difunto era propietario, concluye que el heredero o sucesor universal del accionista fallecido nunca puede ser considerado como un tercero ajeno a la sociedad.

Esa manera de pensar, que se basa estrictamente en normas de derecho sucesorio, no explica las razones por las cuales el ordenamiento societario consagra una solución diversa en el art. 90, LSC, cuando prevé, para otros tipos societarios, que la muerte de un socio resuelve parcialmente el contrato de sociedad, pues si el heredero continúa la persona del causante, el fallecimiento de un socio nunca podría tener tal virtualidad, cualquiera fuere la sociedad de que se trata.

Por ello coincidimos con la doctrina de un esclarecedor fallo de la sala I de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca[32], en cuanto dispuso que la situación provocada por la muerte de un socio en orden a las cuotas o partes societarias de las que era titular, no puede resolverse por remisión directa a la regla genérica de la continuidad sucesoria de los herederos respecto de la persona del causante (art. 3410, Cód. Civil), desde que dicha previsión debe ajustarse a las particularidades del tipo societario, y a las variantes que, en punto a la autonomía de la voluntad, acuerda la propia Ley de Sociedades Comerciales.

Para decirlo en pocas palabras, y parafraseando a la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Bahía Blanca, en todos los casos en que la ley confiere espacio a la autonomía de la voluntad (en el caso de sociedades, autonomía societaria de acuerdo con la economía del contrato social), cede la regla de la automaticidad sucesoria prevista por el art. 2337 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La armonización de las normas previstas por los arts. 3410 y 3417 del Código Civil —hoy art. 2337 del Código Civil y Comercial de la Nación— con el principio general que, en materia de contratos establece el art. 1195 del mismo Código (hoy art. 1021 CCyCN), cuando prescribe la no extensión de los efectos de los contratos a los herederos del causante, cuando las obligaciones que nacieren de ellos fueren inherentes a la persona o que resulte lo contrario de una cláusula contractual, resulta plenamente aplicable a las sociedades en general, atento el carácter contractual de las mismas (art. 1º de la ley 19.550) y la permisión que, en general y sin limitaciones, prevé el art. 214 del mismo ordenamiento legal.

En consecuencia, y volviendo al pensamiento de Halperin y Zaldívar, si la finalidad del art. 214 se funda en la necesidad de restringir el ingreso a la sociedad por parte de personas que no respondan a los mismos intereses que los socios fundadores, podemos concluir que dicha cláusula estatutaria en análisis se ajusta a la regla general establecida por el art. 1195 del Código Civil.

La aplicación del art. 214 de la ley 19.550 a las transmisiones mortis causa, tampoco priva a los herederos del accionista fallecido de ningún bien que perteneciera a este en vida, sino que sólo se liquida su participación accionaria, siempre y cuando se garantice a los herederos o sucesores del accionista

fallecido el valor real de las acciones del mismo, calculado a la muerte del causante, evitando, con ello, que los herederos sufran las vicisitudes del giro empresario con posterioridad a la muerte del accionista fallecido. Ello deriva explícitamente del principio general previsto por el art. 13, inc. 5º, LSC, aplicable al caso.

Finalmente, corresponde señalar que la aplicación del art. 214 de la ley 19.550, a las transferencias mortis causa, constituye una solución adecuada para evitar los problemas que habitualmente ocasiona el ingreso de los herederos a una sociedad comercial, quienes carecen por lo general de todo ánimo de participación y colaboración en el gobierno y administración de la misma, generando una situación de conflicto que se traslada de ordinario a los tribunales. La solución apuntada tampoco va en desmedro de los herederos, en la medida que se garantice a los mismos un precio justo por el valor de las acciones de que era titular el causante, y una liquidación razonablemente rápida de esa participación (para lo cual el plazo previsto por el art. 245 de la ley 19.550, para el pago al accionista recedente, parece razonable), pues de lo contrario, aquellos deberán ingresar automáticamente a la sociedad y esperar la posibilidad de receder, al valor del último balance (art. 245), o vender sus acciones a terceros, la posibilidad esta que, tratándose de sociedades cerradas, es prácticamente impensable.

La protección de los herederos del accionista fallecido no puede asegurarse, con el ingreso de los mismos a la sociedad y su posterior posibilidad de enajenar las acciones de que han resultado titulares, y por ello, la aplicación amplia del art. 214 de la ley 19.550 es una alternativa que me satisface, aunque no la única, pues cabe recordar que en fecha 24 de agosto de 1992, en autos "Tchomlekdjoglou, E. y otra c/ Stemos SAIIF", con voto del Dr. Morandi, se sostuvo, refiriéndose a la situación que se presenta frente a la muerte de un accionista en una sociedad anónima cerrada que a la muerte del causante debe conferirse a los hijos el derecho de receso con la consiguiente tasación judicial a falta de acuerdo sobre el valor real de las acciones[33], solución esta que si bien también es protectora de los herederos del socio fallecido, aneja el peligro de descapitalizar a la sociedad en cada oportunidad en que se produzca el fallecimiento de cualquiera de los socios, lo cual puede evitarse con la inserción de cláusulas como las que son admitidas en el fallo en análisis, en la medida en que la satisfacción a los herederos del accionista fallecido se obtiene mediante el ejercicio del derecho de opción a los accionistas supérstites, a prorrata de sus respectivas tenencias, con lo cual son estos, y no la sociedad, quienes deben hacerse cargo del pago del valor de la parte de los herederos del socio fallecido.

Art. 215.—

Acciones nominativas y escriturales. Transmisión. La transmisión de las acciones nominativas o escriturales y de los derechos reales que las graven debe

notificarse por escrito a la sociedad emisora o entidad que lleve el registro e inscribirse en el libro o cuenta pertinente. Surte efecto contra la sociedad y los terceros desde su inscripción.

En el caso de acciones escriturales, la sociedad emisora o entidad que lleve el registro cursará aviso al titular de la cuenta en que se efectúe un débito por transmisión de acciones, dentro de los 10 días de haberse inscripto, en el domicilio que se haya constituido en las sociedades sujetas al régimen de la oferta pública; la autoridad de control podrá reglamentar otros medios de información a los socios.

Las acciones endosables se transmiten por una cadena ininterrumpida de endosos y para el ejercicio de sus derechos el endosatario solicitará el registro. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: art. 213. Resolución general IGJ 7/2015, art. 147.LSC Uruguay: arts. 303, 304.

§ 1. Transmisión de acciones nominativas o escriturales. La compraventa de acciones

El contrato de transmisión o transferencia de acciones al cual se refiere el art. 215 de la ley 19.550 es un contrato de compraventa, regido, hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, por las normas de los arts. 450 y ss. del Código de Comercio, y hoy, en lo que fuera compatible con la naturaleza de las acciones, por las normas de los arts. 1123 a 1171 del Código Civil y Comercial de la Nación, sin perjuicio de la normativa resultante de las resoluciones dictadas sobre esta operación por la Comisión Nacional de Valores y Bolsas de Comercio.

Se sostuvo, antes de la sanción de la ley 26.994, la inaplicabilidad al contrato de compraventa de acciones, de las reglas de la simple compraventa mercantil, en base a las particularidades que ofrece la circulación de las acciones, que se rigen por leyes específicas y diferenciadas[34], lo cual nos resultó, por aquel entonces, un criterio discutible, pues la complejidad que supone la transferencia de un paquete accionario de control, y las responsabilidades que del mismo emergen, tornan imprescindible en la práctica la celebración de un contrato, que en la generalidad de los casos, se caracterizan por su minuciosidad. Con otras palabras, la ley de circulación de las acciones de manera alguna descarta la aplicación supletoria de las normas previstas por los arts. 1123 a 1171 del Código Civil y Comercial de la Nación, aunque se reitera, en lo que fuera compatible con la naturaleza y características de las acciones.

Hemos ya explicado que la transferencia de acciones ha de realizarse en cada caso según la ley de circulación de los títulos y con las únicas limitaciones literalmente indicadas[35]. En virtud de ello, las acciones al portador —que ya no existen en nuestro universo societario— podían transmitirse por la mera tradición

de los títulos correspondientes, legitimándose su portador con la mera exhibición de los mismos para el ejercicio de sus derechos de socio, debiendo agregarse a ello que la transferencia de las acciones al portador no requería la registración de sus transmisiones y la sociedad sólo identifica a sus propietarios en cada oportunidad que los mismos ejerzan sus derechos de socios.

Por el contrario, la circulación de las acciones nominativas difiere en tanto las mismas sean endosables o no endosables. En el primer caso, esto es, cuando se trata de acciones nominativas no endosables —que constituye categoría eliminada de la ley 19.550 por la ley 24.587— el accionista se legitima como tal si justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos y además se encuentra registrado como tal en el libro de acciones de la sociedad (art. 213, inc. 3º), para lo cual la ley 19.550 otorga al endosatario el derecho de solicitar la registración de la transferencia (art. 215, in fine). La acción nominativa transmisible por endoso puede circular libremente incluso por endoso en blanco, sin perjuicio de que deberá realizarse la pertinente inscripción a efectos de hacer valer los derechos de la propiedad de las mismas(36).

Si las acciones nominativas fueren no endosables o escriturales —que son los únicos títulos hoy admitidos por la ley 19.550—, su transmisión y los derechos reales que las graven deben notificarse por escrito a la sociedad emisora o entidad que lleve el registro e inscribirse en el libro o cuenta pertinente, a los efectos de que dicha transferencia surta efectos contra la sociedad y los terceros. En el caso de las acciones escriturales, la sociedad emisora o la entidad que lleve el registro debe cursar aviso al titular de la cuenta en que se efectúe un débito por transmisión de acciones, dentro de los diez días de haberse inscripto en el domicilio que se haya constituido en las sociedades sujetas al régimen de la oferta pública, aunque la autoridad de control puede reglamentar otros medios de información a los socios (art. 215, párrs. 1º y 2º de la ley 19.550).

En definitiva, y a diferencia de lo que ocurre con los titulares de acciones al portador, que se legitiman con la mera exhibición de los títulos para el ejercicio de sus derechos de socio, los accionistas propietarios de acciones nominativas o escriturales no pueden ejercerlos si las respectivas transferencias de acciones no han sido registradas en los libros de la sociedad emisora, lo cual genera una serie de conflictos que es menester aclarar.

§ 2. Formalidades del contrato de transferencia de acciones. Concepto del término "paquete accionario"

El contrato de compraventa de acciones, al ser un contrato consensual, se perfecciona con el consentimiento otorgado por las partes, esto es, cuando el vendedor acepta transferir las acciones de una sociedad anónima de la cual es titular, y el comprador consiente expresamente en pagar un precio por ellas. Por ello debe distinguirse cuidadosamente entre la perfección del contrato de la

anotación de la operación en el libro de registro de accionistas, en los términos del art. 215 de la ley 19.550 cuya consecuencia consiste en tornar oponible la transferencia accionaria en lo que se refiere a las relaciones jurídicas entre el nuevo titular de las mismas y la sociedad emisora. Por ello discrepamos con aquella doctrina que sostiene que la transferencia de acciones queda perfeccionada con el asiento de las acciones en el libro de registro de accionistas[37], pues como hemos sostenido, no se trata de un problema de perfeccionamiento del contrato, sino de inoponibilidad y legitimación.

Es frecuente que, cuando se refiere a la compraventa de acciones, se utilice como sinónimo la palabra "paquetes accionarios", expresión que la ley 19.550 no hace la menor referencia, pero que, por su enorme difusión, hace necesario clarificar su sentido. Así, se ha dicho que por "paquete" debe entenderse, no la sumatoria de las acciones aisladamente consideradas, sino a una universalidad de ellas, susceptible de determinar el control de la sociedad en alguno de los sentidos del art. 33 de la ley 19.550[38]. Así lo ha resuelto por la Justicia en determinadas oportunidades, definiendo que existe "paquete accionario" cuando un conjunto organizado de acciones se califica para atribuir a una o más personas una situación de control de derecho u otra posibilidad de participación relevante y estable en el efectivo ejercicio del poder de una sociedad anónima determinada[39].

De manera que no toda compraventa de acciones implica necesariamente una compraventa de paquetes accionarios, porque para que así resulte, es necesario que las acciones transferidas otorguen el control interno de la sociedad emisora en los términos del art. 33inc. 1º de la ley 19.550.

En cuanto a su forma, y habida cuenta que en nuestra legislación societaria no admite la emisión de las acciones al portador ni las acciones nominativas endosables (ley 24.587), la compraventa de acciones nominativas no endosables debe efectuarse por escrito, por las siguientes razones: 1) Por la especial naturaleza del contrato de compraventa de acciones, las complejas prestaciones de los socios, la necesidad de identificar los títulos transferidos, así como sus características y por la necesidad de prever especiales garantías por la verdadera consistencia del patrimonio social, lo cual torna imposible, desde todo punto de vista, que este contrato pueda celebrarse en forma verbal; 2) Por la necesidad de asentar la conformidad del cónyuge del vendedor en los términos del art. 470 inc. b) del Código Civil y Comercial de la Nación, que debe formularse por escrito; 3) Por el requerimiento legal contenido en el art. 215 de la ley 19.550 de obtener la registración de la operación en el libro de registro de acciones, requerimiento que debe formularse por escrito, estando facultado el directorio para requerir el correspondiente contrato, en caso de duda sobre la legalidad de la transferencia accionaria, etc. y 4) Por la aplicación supletoria de las normas sobre cesión de cuotas sociales, que requiere necesariamente la forma escrita para su celebración (art. 152 de la ley 19.550).

§ 3. Notificación de la transmisión de acciones

3.1. Formalidades para proceder a la notificación prevista por el art. 215 de la ley 19.550

Si bien el art. 215 de la ley 19.550 dispone en su primer párrafo que las acciones nominativas o escriturales y de los derechos reales que las graven deben notificarse por escrito a la sociedad emisora a los efectos de su inscripción en el libro de registro de acciones, nada ha establecido la ley 19.550 en torno al contenido y a la forma de solicitud de registración de esas participaciones societarias, pero atento la finalidad y relevancia de esa notificación, es obvio que debe entenderse que la misma debe ser llevada a cabo en forma fehaciente.

En cuanto a las personas que pueden requerir del directorio de la sociedad emisora la registración de dicha transferencia, tampoco la ley 19.550 aporta solución concreta, salvo cuando se refiere a la transmisión de acciones nominativas endosables —cuya circulación no se encuentra admitida por la ley 19.550—, en cuyo caso es la persona legitimada por una cadena ininterrumpida de endosos quien debe solicitar el registro de la operación. Sin embargo, tratándose de acciones nominativas no endosables, por lo general, esa cuestión es objeto de especial tratamiento, en tanto la referida comunicación es habitualmente suscripta por las partes en el momento de la firma del contrato de compraventa de acciones y si nada se hubiese estipulado, parece evidente concluir que cualquiera de las partes puede hacerlo, toda vez que tanto el comprador como el vendedor tienen verdadero interés en la inscripción de esa operación en el libro de registro de accionistas de la sociedad.

Con otras palabras, la inscripción de la transferencia de acciones nominativas o escriturales puede ser solicitada por cualquiera de las partes que hayan intervenido en la compraventa de acciones, pues tanto el comprador como el vendedor de las mismas tienen interés en la respectiva registración, y de la circunstancia de que el art. 215, *in fine* de la ley 19.550, sólo se refiera al "endosatario" como legitimado para ello, no se deriva necesariamente que el enajenante o cedente carezca de interés para exigir la misma. En el mismo sentido, y para evitar complicaciones innecesarias, se ha admitido doctrinariamente la posibilidad de que en el mismo instrumento mediante el cual se concreta la operación de transferencia de las acciones, el vendedor delegue en el adquirente la facultad de solicitar la inscripción[(40)].

3.2. Facultades del directorio ante un pedido de registración de una transferencia de acciones

Recibida la comunicación de transferencia, constituye cuestión controvertida el alcance de las facultades del directorio en torno a requerir documentación complementaria o si, por el contrario, debe limitarse a modificar el libro de registro de acciones sin hacer la menor salvedad.

El art. 215 de la ley 19.550 nada aclara al respecto y solo prescribe, como hemos visto, que la transmisión de las acciones nominativas o escriturales y los derechos reales que las graven, deben notificarse por escrito a la sociedad

emisora o entidad que lleve el registro e inscribirse en el libro o cuenta pertinente. Surte efectos contra la sociedad y los terceros desde la inscripción.

Es evidente que el legislador societario ha sido muy parco en la reglamentación del trámite de inscripción de la transferencia de las acciones, procedimiento que recibe en la práctica el nombre de "transfert"(41), y la realidad de los hechos ha tornado totalmente insuficientes las disposiciones del art. 215 de la ley 19.550, dando margen a cualquier tipo de interpretación.

La doctrina nacional, salvo contadas excepciones, ha guardado silencio sobre el tema y entre los pocos autores que han abordado la cuestión se encuentra Horacio Roitman y quienes han colaborado con él en su libro Ley de Sociedades Comerciales quienes afirman, siguiendo a Muguillo y a Celestino Araya, que la sociedad o quien lleve el registro, deberá velar por el cumplimiento de los principios registrales, entre ellos el tracto sucesivo o continuidad, pero en ningún caso podrá indagar sobre la capacidad de quien transfiere, agregando Roitman que la sociedad emisora únicamente velará de que se cumplan los requisitos legales de carácter extrínseco(42). Sasot Betes y Sasot sostienen, por su parte, que corresponde al directorio velar por el cumplimiento de las inscripciones previstas en el art. 215 de la ley 19.550, a cuyo efecto tiene la obligación de efectuar periódicamente constataciones para cerciorarse de que se cumpla correctamente con la exigencia legal y además, hacer introducir las correcciones que fueran necesarias(43).

La jurisprudencia de nuestros tribunales comerciales se ha mostrado vacilante en torno a la forma del cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley para la transferencia de las acciones nominativas. Una línea de pensamiento, lo exhibió la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso "Merola Eligio y otro c/ Empresa de Transportes Los Andes Sociedad Anónima", dictado el 12 de agosto de 1994, conforme al cual la transferencia de esta clase de acciones se produce con la sola notificación por escrito a la sociedad emisora, lo que significa, a juicio del tribunal, que la transferencia requiere únicamente la entrega material del título, su posterior anotación en el registro de acciones de la sociedad emisora y finalmente, su inscripción en el libro respectivo. En esta orientación se enroló también el recordado fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Paraná, en autos "Xavier Luis M. y otros c/ SERACO Sociedad Anónima y otros s/ sumario" del 15 de julio de 1994, donde fue dicho que la registración en el libro de acciones de la sociedad emisora no está subordinada a la voluntad ni a la decisión de dicha entidad, pues es una obligación del directorio hacerlo. Si la sociedad emisora negare la registración, aparte de su responsabilidad que se pudieran derivar de ese incumplimiento, el poseedor debe recurrir a los jueces y éstos, comprobada la identidad de las partes, y con el solo examen objetivo del título, sin entrar a indagar acerca de la legitimación de la posesión o de la transferencia, deben ordenar la inscripción.

En un sentido contrario se pronunció la sala B del mismo tribunal, en reiteradas ocasiones, especialmente en el caso "Borelli Avelino Oscar c/ Electrosistemas SA y otro s/ ordinario", del 26 de octubre de 2016, argumentando que la anotación de la transferencia de acciones en el libro previsto por el art. 215 de la

ley 19.550 y los demás requisitos previstos por el ordenamiento societario en dicha norma, no son simples exigencias formales, a punto tal que la transferencia no se perfecciona si no se efectúa la registración en el libro correspondiente[44].

Por mi parte, participo con la sala B de la Cámara Comercial de la idea de que los requisitos previstos por el art. 215 de la ley 19.550 no son simples exigencias formales, pues:

a) Si bien es cierto que la inscripción de un acto en un registro privado, como lo es el libro de registro de acciones previsto por el art. 213 de la ley 19.550 no cumple el requisito de publicidad propio de los registros públicos, en tanto sus constancias no pueden ser consultadas por terceros ajenos a la sociedad emisora, de ello no se deriva necesariamente que el órgano o sujeto que tiene que proceder a la toma de razón de razón de un documento en aquel registro, por expresa indicación de la ley, deba actuar como un mero buzón, pues si así fuera, dicha inscripción carecería de todo sentido y finalidad. Repárese al respecto en la existencia de relevante jurisprudencia, dictada por nuestros tribunales comerciales, que han considerado al libro previsto por el art. 213 de la ley 19.550 como un verdadero registro de propiedad de esos títulos[45]. Dicha jurisprudencia resulta difícil de conciliar con aquella que predica que la inscripción prevista por el art. 215 del citado ordenamiento legal constituye una mera formalidad.

b) Nada diferencia, salvo por las características específicas de la sociedad anónima, a la transmisión de acciones nominativas no endosables con la transferencia de partes de interés de sociedades personalistas o por cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada, operaciones que, por expresa disposición legal, deben ser inscriptas en el Registro Público de Comercio, previo control de legalidad del respectivo contrato (arts. 6º, 12, 131 y fundamentalmente art. 152 de la ley 19.550), a cargo del encargado del registro mercantil.

c) Dicho con otras palabras, si el registrador mercantil debe ejercer el control de legalidad para ordenar la toma de razón de un contrato de cesión o transferencia de cuotas sociales, nada justifica otorgar un tratamiento diferente cuando se trata de la transmisión de acciones nominativas, conclusión a la cual no obsta el hecho de que dicha transferencia deba ser efectuada en un registro privado y por un órgano de la sociedad, en tanto esta diferencia se justifica por el carácter sustancialmente circulatorio de las acciones de una sociedad anónima, y nada más.

d) Coincido solo parcialmente con autores como Yadarola[46], Araya[47]y Roitman[48]en cuanto a que el directorio de una sociedad anónima no puede inmiscuirse en problemas de capacidad del sujeto transmitente y de esa manera convertirse en árbitro de la existencia o no de la voluntad del cedente de transferir sus acciones, pero ello en la medida de que se trate, el cedente, de una persona física y no jurídica, pues en este último caso, podría darse el supuesto de que la sociedad cesionaria supere los límites de participación previstos por el art. 31 de la ley 19.550 o que dicha operación suponga la existencia de participaciones recíprocas, prohibidas por el art. 32 segundo párrafo de la ley 19.550, supuestos ambos en donde el directorio podrá exigir de las partes no solo la exhibición del

contrato de transferencia, sino requerir a la sociedad cesionaria, la demostración de no transgredir lo dispuesto en esas normas, de evidente orden público.

e) Por otra parte, constituiría un verdadero despropósito denegar al directorio de la sociedad la posibilidad de requerir copia del contrato de compraventa de acciones, a los fines de constatar que le vendedor acompañó la conformidad de su cónyuge con esa operación, en los términos del art. 470 inc. b) del Código Civil y Comercial de la Nación, pues debiendo sus integrantes obrar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios (art. 59 de la ley 19.550), faltaría a ese estándar de conducta involucrar a la sociedad en un pleito de nulidad promovida por la esposa del vendedor, agraviada por la venta efectuada por su cónyuge de una participación accionaria de carácter ganancial.

f) Idénticos argumentos pueden emplearse para justificar el derecho del directorio de la sociedad anónima emisora para exigir las conformidades de los restantes accionistas, cuando el estatuto haya previsto esa restricción a la libre transferencia de acciones (art. 214 de la ley 19.550), e igual derecho goza aquel órgano cuando existieren fundadas sospechas de que las acciones transferidas lo fueron a un competidor de la sociedad emisora, y el directorio requiera la exhibición del contrato de transferencia de acciones, para constatar esa circunstancia.

g) Asimismo, tampoco obrarían como buenos hombres de negocios aquellos directores que, recibiendo una comunicación de transferencia de acciones a una sociedad constituida en el extranjero, no requieren, cuanto menos, las constancias de su inscripción en los registros mercantiles correspondientes, la documentación acompañada en oportunidad de cumplir con lo dispuesto por el art. 123 de la ley 19.550 y los comprobantes de haber cumplido con las Resoluciones Generales emanadas de la Inspección General de Justicia dictadas sobre el tema, cuyo incumplimiento les puede irrogar la imposición de graves multas.

h) El derecho del directorio de exigirle información adicional a las partes del contrato de compraventa de acciones, tampoco está subordinado a la existencia de una cláusula del estatuto que autorice esa posibilidad, como fuera sostenido en algún aislado precedente jurisprudencial[(49)], pues esa facultad deriva de las circunstancias propias del caso, y no puede pretenderse que el estatuto de la sociedad impida la adopción de determinadas conductas del directorio, cuando se trata de cumplir sus funciones, con lealtad y diligencia o cuando se quiere evitar, de esa manera, convalidar actuaciones fraudulentas, simuladas o simplemente irregulares.

i) Finalmente, y sin pretender agotar el enorme arsenal de ejemplos que justifican sobradamente otorgar al directorio de la sociedad emisora el derecho de requerir informaciones a quienes han suscripto un contrato de cesión de acciones, no puede calificarse sino como razonable la oposición del órgano de administración de la sociedad a inscribir una transferencia fundada en una donación de acciones llevada a cabo por un accionista que se presenta —habida cuenta de las circunstancias del caso— como un acto de insolventación fraudulenta o como

una maniobra para ocultar su propia actuación, vedada para la realización de ciertos actos (arts. 241 y 248 de la ley 19.550).

Obvio es finalmente destacar que el directorio de la sociedad anónima debe ejercer el derecho de requerir copia del contrato de transferencia de acciones y/o de requerir mayores precisiones sobre dicha operación a los interesados, sin incurrir en abuso del derecho (art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación), debiendo siempre proceder con la mayor celeridad, en tanto parece evidente intención del legislador societario, a tenor de la redacción del art. 215 de la ley 19.550, la necesidad de inscribir cuanto antes la nueva titularidad accionaria, habida cuenta los efectos de oponibilidad que la registración que dicha norma supone.

Del mismo modo, la injustificada demora en proceder a esa toma de razón constituye suficiente causal de remoción de los directores de la sociedad emisora, en tanto ello implica negar a determinada persona el ejercicio de sus derecho de accionista, autorizando la promoción de acciones individuales de responsabilidad, en los términos del art. 279 de la ley 19.550.

3.3. Situación de las acciones transferidas mientras se realiza el trámite de inscripción de la transferencia de acciones en el libro de registro de acciones

Teóricamente, y salvo casos excepcionales, la actuación del directorio, en cumplimiento del trámite de inscripción previsto por el art. 215 de la ley 19.550, debería insumir muy poco tiempo, puesto que tampoco requiere una decisión de ese órgano que autorice la registración, aunque es conveniente que el pedido de registro de dicha operación quede asentada en un acta de reunión de directorio, a los meros efectos informativos.

Si mientras dura el trámite de inscripción prevista por el art. 215 de la ley 19.550 se celebra una asamblea o es necesario que los accionistas de la sociedad emisora ejerzan sus derechos, el directorio debe adoptar las medidas necesarias para facilitar el ejercicio de los derechos del nuevo propietario, acelerando aquella registración.

Puede suceder sin embargo que, por diversas circunstancias, el directorio requiera ciertas informaciones adicionales a las partes o requieran de los mismos el instrumento de transferencia de las acciones. En este caso, y pendiente la conclusión del trámite de inscripción de la transferencia, tanto el titular registral de las acciones transferidas como su cesionario carecen del derecho de ejercer los derechos de socio, habiendo la jurisprudencia entendido como procedente la suspensión de los derechos correspondientes a esas acciones, y la designación de un veedor judicial en beneficio del titular de esas acciones, para obtener información adecuada sobre la marcha de la sociedad[50].

Alguna jurisprudencia aislada ha resuelto que cuando la inscripción de la transferencia de acciones no se ha cumplido, conforme lo dispone el art. 215 de la ley 19.550, resulta de aplicación entre los celebrantes del contrato de compraventa de acciones, las normas relativas a las sociedades accidentales o

en participación[51], criterio que a nuestro juicio era equivocado, como lo hemos explicado en ediciones anteriores de este libro[52], pero que hoy resulta absolutamente inaplicable, atento la eliminación por la ley 26.994 del régimen de las sociedades accidentales o en participación de la ley 19.550.

§ 4. El contrato de compraventa de acciones no emitidas

La jurisprudencia, dentro de la riquísima casuística que ofrece la compraventa de acciones de una sociedad anónima, ha debido ocuparse del compromiso de transmitir determinada proporción accionaria por parte de una sociedad aún no constituida, que luego se constituyó, admitiendo la validez de ese acto jurídico. Se sostuvo en dicha oportunidad que la compraventa de cosa futura es un negocio anticipado, o sea no perfecto, porque le falta el objeto, constituyendo una prestación sujeta a la condición de su futura existencia, susceptible de subsumirse en la normativa que regula la modalidad de venta de cosa esperada o futura, o si se quiere, en la cesión de derechos sobre cosas futuras, comprensiva, en cualquiera de los supuestos, de la transmisión del estado de socio, con sus inherentes derechos y obligaciones[53].

§ 5. Derechos y obligaciones de las partes en el contrato de transferencia de acciones. Responsabilidad del vendedor

En cuanto a los derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes en el contrato de transferencia de acciones, rigen las normas de los arts. 1123 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación, salvo en lo que respecta a algunas particularidades de esta compraventa:

a) Si los títulos fueron emitidos por la sociedad y en el contrato no se ha establecido el momento en el cual el vendedor de las acciones debía efectuar la entrega de los mismos, rige en principio lo dispuesto por el art. 1147 del Código Civil y Comercial, que establece que el vendedor debe tener a disposición del comprador la cosa vendida dentro de las 24 horas de efectuada la operación, aunque debe entenderse que la aludida prescripción legal no implica que deba en ese momento hacerse entrega de los títulos al comprador, sino acompañar los mismos al directorio de la sociedad, conjuntamente con la comunicación prevista por el art. 215 de la ley 19.550 a los fines de efectuar la inscripción prevista por dicha norma y asentar la nueva titularidad en los correspondientes títulos.

b) Si por el contrario los títulos accionarios nunca fueron emitidos, la inscripción en el libro de registro de acciones por el directorio de la sociedad implica la entrega material de los títulos representativos de las acciones transferidas.

c) Obviamente, no son aplicables al contrato de compraventa de acciones la normativa referida a las facturas en el art. 1145 del Código Civil y Comercial, que es instrumento propio de las operaciones realizadas en un establecimiento comercial o industrial, en cumplimiento de su objeto social, siendo, la emisión de facturas y remitos, totalmente insuficientes para celebrar un contrato de compraventa de acciones, atento sus especiales características y, en particular, su severo régimen de responsabilidad.

En cuanto a la responsabilidad del vendedor de las acciones, ella ha sido objeto de específica jurisprudencia, habiéndose resuelto que, en principio, y salvo estipulación en contrario por el cual el vendedor acuerde un especial régimen de garantía, la responsabilidad del mismo queda circunscripta a la legitimidad de los títulos enajenados, pero no se extiende a la consistencia o valor del patrimonio de la sociedad, en la medida que el vendedor sólo transmite sus derechos de socio y no una cuota parte del patrimonio de la sociedad(54).

En este mismo sentido, exhibiendo una visión absolutamente restringida del concepto de vicios redhibitorios, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre este tema el 19 de agosto de 1999 en el caso "Inversiones y Servicios Sociedad Anónima c/ Estado Nacional Argentino s/ cumplimiento de contrato", sentando las siguientes conclusiones:

a) Las contrataciones ruinosas para el interés de la sociedad efectuadas por el cedente de un paquete accionario, en ejercicio del poder de administración y gobierno que por entonces tenía la sociedad, no importan vicios redhibitorios del objeto vendido, sino lisa y llanamente, violación al estándar de buena fe exigible a los contratantes en la ejecución de las obligaciones que asumen (art. 1198 del Código Civil).

b) No configuran vicios redhibitorios de las acciones vendidas el menoscabo en el patrimonio de la sociedad por contrataciones ruinosas efectuadas por el vendedor con anterioridad a la venta, cuando no ha sido alegada ninguna afectación de los derechos incorporados a las acciones vendidas concernientes a las facultades que derivan de la calidad de socio.

c) Dada la garantía específica asumida por el vendedor en el contrato de transferencia de acciones, en virtud de la cual se aseguró la inexistencia de operaciones ruinosas para el interés de la sociedad, su violación importa incumplimiento contractual que otorgan al comprador los derechos susceptibles de ser reclamados, dentro del plazo de prescripción previsto por el art. 846 del Código de Comercio

La solución dada por el tribunal Comercial y la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el tema no convencen, pues la compraventa de acciones no supone sólo la transmisión de los derechos de socio sino también una participación en el capital de la sociedad, en la medida en que, por expresa

definición legal, las acciones de una sociedad anónima representan el capital de la misma (art. 163 de la ley 19.550). Nada autoriza pues a descartar la aplicación de las normas que el Código de Comercio prevé para el caso de existencia de vicios internos u ocultos de la cosa vendida (hoy art. 1055 del Código Civil y Comercial de la Nación), que en materia de compraventa de acciones encuentra permanente aplicación en la aparición posterior de pasivos ocultos y menos aún puede sostenerse que la ausencia de toda previsión o reserva sobre esos pasivos ocultos puede liberar de responsabilidad al vendedor.

En definitiva, la responsabilidad del cedente o vendedor de las acciones por la existencia de vicios ocultos de la cosa, que en el caso de la compraventa de acciones, y por obviedad, no pueden limitarse a las constancias del título sino al dolo o culpa grave en la conformación del patrimonio de la sociedad, ocultando pasivos a los fines de la falta determinación del precio de la compraventa, máxime cuando el vendedor era el controlante de la sociedad y tenía a su cargo, además, la administración de la firma. Repárese al respecto que el actual Código Civil y Comercial de la Nación ha dejado sin efecto, la promoción de la acción denominada quanti minoris del art. 2174 del derogado Código Civil, otorgando solo al acreedor el derecho a declarar la resolución del contrato en caso de vicio redhibitorio, el cual ha sido definido por el art. 1051 del Código Civil y Comercial, en tanto define a los vicios redhibitorios como los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiere sido significativamente menor.

De manera que, tratándose de un contrato de compraventa de acciones, por pasivo oculto debe entenderse aquel que existe como tal, pero no está representado contablemente, y ello presupone que, quienes vendieron las acciones, conocían la existencia de ese pasivo y con dolo o culpa lo escondieron o lo ocultaron(55).

Ahora bien, para tornar aplicable al caso de transferencia de acciones las normas de los arts. 1051 siguientes del Código Civil y Comercial, es necesario que el vicio sea oculto y no fácilmente advertible por el comprador luego de una simple lectura de los estados contables de la sociedad y en tal sentido se ha denegado al comprador de acciones la correspondiente acción judicial promovida contra su vendedor, cuando los nuevos propietarios del paquete de control de la sociedad anónima conocían la existencia de los juicios llevados por los abogados de la firma, quienes actuaron antes de la operación de la transferencia del cien por ciento de las acciones, y no les era ajena la eventualidad de tener que afrontar el pago de los honorarios profesionales, pues era un alea que verosímilmente pudieron entender que asumían obrando con cuidado y previsión(56).

Haciendo aplicación de estos principios, la jurisprudencia ha también resuelto que la existencia de un significativo pasivo oculto de una sociedad, con el que fue sorprendido el adquirente del paquete de control de la misma, maniobra imputada a quien revestía el carácter de vendedor de dichos títulos, tornan procedente la traba de un embargo sobre los bienes de éste, hasta cubrir la suma de los pasivos no registrados, máxime cuando ellos encontraron respaldo en una

pericia contable que dio cuenta de que tal pasivo no se hallaba registrada en la contabilidad al tiempo de la adquisición accionaria(57).

¿Puede el vendedor de un paquete accionario exigir medidas cautelares sobre la sociedad emisora?

La cuestión es dudosa en nuestra jurisprudencia, habiéndosela denegado en alguna oportunidad(58), fundándose en la falta de legitimación de quien no reviste más el carácter de accionista. La posición contraria también ha sido admitida(59), y me parece razonable este último criterio, pues de lo contrario, quien ha transferido un paquete accionario y aún no ha percibido el precio, puede encontrarse perjudicado frente a determinadas maniobras tendientes a licuar la participación del adquirente, frustrándosele el derecho de resolver dicho contrato.

Para evitar precisamente ser víctima de maniobras de manipulación del precio de la compraventa de acciones, concretadas a través del ocultamiento de pasivos sociales que pudieran disminuir el precio de las acciones vendidas, es convención incluida en todos los contratos de compraventa de acciones, la realización de auditorías a estudios especializados, denominados comúnmente como "due dilligence", a los fines de corroborar que el valor patrimonial de la empresa, extraído de los registros contables existentes, coincida con el previsto por los contratantes al momento de celebrar el contrato, pudiendo las partes, en la hipótesis que ello no ocurriera, renegociar el precio de la operación. Por otro lado, y siempre con el mismo propósito, es habitual incluir a favor del comprador de las acciones, determinadas declaraciones y garantías contractuales con relación al patrimonio subyacente al paquete accionario objeto de la transferencia.

Ha dicho la jurisprudencia, referido al derecho del comprador de las acciones de exigir la exhibición de los libros y la documentación social tendiente a saber el valor patrimonial de las participaciones accionarias que pretende adquirir, que la reticencia a facilitar ciertos documentos de la sociedad a la parte que intenta vender sus títulos a un tercero, puede configurar una obstaculización de dicha operación, pues ningún tercero aceptaría comprar participaciones de una sociedad sin conocer su estado contable y societario y entonces, si constata una maniobra dolosa tendiente a impedir o dificultar el ejercicio del derecho que asiste a cualquier socio de una sociedad anónima sin sindicatura, ello no solo implica una violación a sus derechos, sino también una clara e ilegítima obstrucción a la celebración de dicha operación. No resulta creíble, en consecuencia, que se pueda pretender vender, por un importante valor, fijado en dólares estadounidenses, ciertas acciones de una sociedad anónima, sin que previamente se adopten los recaudos necesarios para contar con la mínima documentación contable y societaria para concretar una operación de compraventa de acciones(60).

§ 6. Garantías otorgadas por el comprador para asegurar del saldo de precio

Como todo contrato de compraventa, es lógico pactar el otorgamiento de garantías por parte del comprador de las acciones, cuando el saldo del pago del precio se abonará en fecha posterior referido contrato.

Si bien pueden establecerse cualquier tipo de garantías, reales o personales, lo corriente es que el comprador constituya un derecho real de prenda sobre las mismas, conforme lo autoriza el art. 219 de la ley 19.550, depositándose los respectivos títulos en una escribanía, cuyo titular deberá entregar los mismos al acreedor, en caso de que el adquirente no haya honrado los compromisos asumidos.

Sin embargo, y salvo consentimiento unánime de la totalidad de los socios y/o accionistas, la sociedad emisora no puede garantizar al vendedor el pago del saldo del precio —operación que merece el nombre de "Leverage buy out"[61], proveniente del derecho anglosajón— mediante derechos reales de garantía sobre bienes sociales ni asumir ninguna garantía personal por deudas ajenas (fianzas, avales, etc.), pues salvo que el objeto de la sociedad consista en la prestación de garantías, tales actuaciones implican exorbitar notoriamente el objeto social, lo cual, por expresa prescripción del art. 58 de la ley 19.550, resultará inoponible a la sociedad, sin perjuicio de las consecuencias que para los directores o administradores de la sociedad implique una actuación semejante (remoción de su cargo y satisfacción de los perjuicios correspondientes).

Nada obsta —como se ha visto— a que los accionistas de la sociedad ratifiquen por asamblea la actuación del directorio que ha comprometido el patrimonio de la sociedad emisora en el otorgamiento de una garantía para asegurar el pago de las acciones adquiridas por un tercero, pero dicha decisión se debe tomar por unanimidad, en tanto es inadmisible imponer a un accionista, por más mínima que sea su participación accionaria en la compañía, una decisión asamblearia susceptible de menoscabar el valor de sus propias acciones, para el caso de que la compañía debiera responder por el cumplimiento del compromiso asumido frente al adquirente de las acciones.

§ 7. El contrato de compraventa de acciones y el consentimiento conyugal exigido por el art. 470 inc. b) del Código Civil y Comercial —antes art. 1277 del Código Civil—

Una importante cuestión que había dividido a la doctrina en materia de compraventa de acciones lo constituyó la necesidad de requerir la conformidad

del cónyuge, en los términos del art. 1277 del Código Civil, cuando se trata de la venta de acciones nominativas o escriturales.

En sentido negativo se ha sostenido, casi exclusivamente por la doctrina notarial, que la necesidad de la conformidad del cónyuge del vendedor a que hacía referencia aquella disposición legal, se refería exclusivamente a los bienes cuya transferencia debe ser asentada en registros públicos y no privados, como lo es el libro de registro de acciones previsto por el art. 215 de la ley 19.550, y que dicha exigencia no se compadecía con la regulación legal de los títulos de crédito(62).

Ese criterio no resultaba convincente, pues no es dudoso que la sociedad emisora, que es quien registra la transferencia en el libro de registro de acciones, carece de la misma entidad registral del funcionario a cargo de registros públicos, pero tampoco ofrece dudas de que lo verdaderamente trascendente en el ámbito del derogado art. 1277 del Código Civil es la protección, respecto de la disposición o gravamen de aquellos bienes gananciales, mediante el requerimiento del consentimiento de ambos cónyuges, cuando se trata de bienes inmuebles, derechos o muebles registrables, cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria.

Como el Código Civil no había efectuado distinción alguna respecto de la naturaleza de los registros pertinentes, y teniendo en cuenta que las acciones nominativas son "bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria", ello tornaba plenamente aplicable al contrato de venta, cesión o transferencia de acciones lo dispuesto por el art. 1277 del Código Civil e igual conclusión puede extraerse respecto de la posibilidad de gravar dichos bienes, toda vez que, teniendo presente que la circulación de la riqueza se efectúa, en gran medida, bajo la forma de venta de paquetes accionarios, prescindir de la conformidad conyugal en la transferencia de acciones nominativas o escriturales no implicaría otra cosa que burlar los fines que el legislador del Código Civil tuvo en cuenta al incorporar a nuestro ordenamiento, la magnífica solución del art. 1277.

El Código Civil y Comercial de la Nación vino a poner fin a esta polémica, y lo hizo adhiriendo, a nuestro criterio, a la buena doctrina, al establecer, en el art. 470 inc. b) —que se refiere a los supuestos en que es necesario requerir el asentimiento del otro cónyuge —que ello acontece cuando se transfieren o gravan acciones nominativas no endosables y no cartulares— que en la ley 19.550 se denominan "acciones escriturales"—, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del art. 1824 del referido ordenamiento legal, que se refiere al incumplimiento del asentimiento conyugal, disponiendo expresamente que "El incumplimiento del requisito previsto por el art. 470 inc. b) en los títulos nominativos no endosables o no cartulares, no es oponible a los portadores de buena fe. Al efecto previsto por este artículo, se considera de buena fe al adquirente de un título valor incorporado al régimen de oferta pública".

No queda sin embargo claro si solo se considerara al comprador bursátil como portador de buena fe, o si esta calificación puede exceder a las transferencias

accionarias fuera del ambiente de la Bolsa, lo cual no parece ser una interpretación adecuada del texto legal.

§ 8. Algunos supuestos particulares en materia de resolución y nulidad del contrato de compraventa de acciones

Si bien las causales de nulidad y resolución de los contratos de compraventa de acciones se rigen por las normas generales en materia de invalidez de actos jurídicos y de extinción de los contratos, a cuya lectura corresponde remitir, es interesante destacar algunos supuestos particulares de esta problemática, que han sido puestos de manifiesto por la jurisprudencia de nuestros tribunales, tanto civiles como mercantiles:

a) No puede invocarse como esencial el error en que habría incurrido quien enajenó un paquete accionario de una sociedad anónima, fundado en el desconocimiento de ciertas operaciones extraordinarias cuyo producto no fue ingresado al patrimonio social, cuando siendo el actor nulidicente titular de una participación accionaria cualitativa, no parece razonable suponer que en tal condición haya ignorado esas negociaciones(63).

b) Cuando el paquete accionario integraba el acervo hereditario del causante, al tiempo de la apertura de la sucesión, su pretendida venta que recién se asentó en el libro de registro de accionistas con posterioridad a su fallecimiento, no es oponible a quien accione por colación, o sea, que no le es invocable para disminuir su porción hereditaria(64).

c) El vendedor de las acciones de una sociedad anónima no se encuentra legitimado para cuestionar la validez de esa operación, fundado en la falta de conformidad de su cónyuge, pues la única legitimada para invocar esa nulidad es ésta, respecto de los bienes gananciales que se prometieron en venta(65).

d) Es inaplicable la resolución de un contrato de venta de paquete accionario de una sociedad anónima, por incumplimiento, si éste recayó sobre un aspecto accesorio de la operación, como lo es el tipo de cambio aplicable al precio pactado(66).

§ 9. Cuestiones procesales. Medidas cautelares y prescripción de las acciones emergentes del contrato de compraventa de acciones

9.1. Cuestiones de competencia

La competencia de la justicia en lo comercial para entender en los conflictos suscitados como consecuencia de un contrato de compraventa de acciones es indudable, pues: 1) Constituye una operación expresamente prevista por la ley 19.550 en su art. 215, y es norma expresa que dicha ley que integra el Código de Comercio (art. 384 de la ley 19.550 y 2) Asimismo, la operación en estudio comporta una transmisión del estado, calidad o posición de socio en una sociedad comercial, y por ello es una operación que concierne a un sujeto colectivo mercantil o a su funcionamiento, que guarda conexidad con el funcionamiento de una sociedad comercial(67).

Dos son las cuestiones que, en esta materia, han suscitado la atención de nuestros tribunales: a) la promoción de acciones judiciales por operaciones sobre acciones celebradas por el causante y b) los contratos de compraventa internacional de acciones.

En el primer caso, la jurisprudencia se ha pronunciado unánimemente por la improcedencia del fuero de atracción, disponiendo la radicación de la demanda de nulidad de venta de un paquete accionario efectuada por el causante ante los tribunales comerciales. Se sostuvo en alguna oportunidad que la acción de nulidad por simulación de un contrato de compraventa de acciones no debe tramitar en el juzgado donde tramita la sucesión del vendedor, pues el objeto de la demanda es competencia específica de los tribunales mercantiles, ya que en definitiva se trata de un tópico directamente vinculado con la formación del capital accionario de una de las partes, sin perjuicio de la incidencia que, una vez verificado ese extremo, la decisión pueda tener sobre el activo de la sucesión del socio fallecido(68).

Por otro lado, y en una demanda donde se invocó la existencia de irregularidades atribuidas a la compra de un importante paquete accionario de una sociedad comercial, así como el reclamo de una indemnización de daños y perjuicios supuestamente ocasionados con motivo de maniobras respecto de determinadas tenencias accionarias, constituyen temas de naturaleza societaria que tornan procedente la actuación de un juez de comercio, y resultan ajenas al fuero de atracción dispuesto por el art. 3284 inc. 4º del Código Civil(69).

En cuanto a la competencia que corresponde atribuir a una compraventa internacional de acciones, resulta interesante describir al lector lo acontecido en el caso "Sagemuller Francisco c/ Sagemuller de Hinz Lisse Lotte" dictado por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Paraná, de fecha 10 de agosto de 1988. Se trataba de un caso donde el contrato de compraventa accionaria había sido celebrado en la República Federal de Alemania, donde los vendedores tenían su domicilio real. Por su parte, el comprador residía en la República Argentina, y el precio por las acciones adquiridas se abonó en Suiza, haciendo los vendedores entrega de los títulos accionarios en nuestro país. Se trató de definir entonces cual eran los tribunales competentes en esa controversia, para lo cual el tribunal entrerriano llegó a la conclusión que era necesario determinar cuál era la prestación más característica del contrato de compraventa de acciones, determinando que ella es la entrega de las acciones, pero no

concebida como materialidad, sino entendida como la transferencia de la participación social en una empresa, constituida como sociedad comercial, con domicilio, sede social y establecimiento principal en la República Argentina. Por esta razón, y aplicando los principios específicos que rigen el derecho internacional privado, se consideró como "punto de conexión" el lugar de cumplimiento del contrato, determinándose someter el litigio al derecho privado argentino.

9.2. Medidas cautelares

En materia de medidas cautelares dictadas en el marco de un juicio en donde se ventila la validez o el cumplimiento de un contrato de compraventa de acciones, nuestros tribunales han resuelto que, como principio general, ellas no deben afectar el funcionamiento ni el patrimonio de la sociedad emisora(70). Con esos límites, han sido aceptadas únicamente medidas de notación de litis, embargos o prohibición de innovar y contratar respecto de un determinado porcentaje accionario, cuando se trata de evitar la disposición de sus acciones por su titular, que ha sido demandado por resolución del contrato de compraventa de acciones celebrado con el actor o cuando se trata de una demanda mediante la cual se intenta dejar sin efecto una transferencia accionaria efectuada a precio vil(71), etc. En alguna oportunidad incluso se ha aceptado incluso, como medida precautoria, la suspensión del derecho de voto de determinadas acciones, cuando quien peticionó dicha cautelar invoca su titularidad sobre ellas sobre la base de una compraventa de acciones, en la cual participó como adquirente, habiéndose sostenido que, en tales condiciones, no parece concebible que otro sujeto participe con tales acciones en las asambleas societarias, por hallarse estas acciones registralmente anotadas a nombre de quienes las transmitieron y entregaron, al ser la realidad material que los titulares registrales no son los tenedores de esos títulos(72).

Solo excepcionalmente se han admitido la adopción de medidas cautelares contra la sociedad y no contra las partes del contrato de compraventa de acciones, lo cual aconteció en un sonado pleito en donde se discutía la titularidad del paquete de control de una importante compañía, aceptándose la designación de un veedor en el marco de dicho litigio, a los fines de informar sobre la marcha de la sociedad, a lo cual el comprador, que había adquirido las acciones pero no había obtenido la registración de esa transferencia en su favor, carecía de toda posibilidad de obtener esa información(73). En otro supuesto, de características muy particulares, se sostuvo que si bien puede resultar contradictorio con el espíritu y finalidad de los contratos de compraventa de acciones y en el marco de una acción de cumplimiento del mismo, mantener una inhibición general de bienes sobre el patrimonio societario, ello debe ceder cuando las circunstancias especiales del caso aconsejan resguardar y preservar ese patrimonio, atento las dificultades económico-financieras por las que atraviesa la sociedad(74).

9.3. Prescripción de las acciones emergentes del contrato de compraventa de acciones

Las acciones emergentes de un contrato de compraventa de acciones difieren según las pretensiones de las partes: a) Si se trata de exigir el cumplimiento de

las prestaciones emergentes del mismo, el plazo de prescripción de dichas acciones prescribe a los cinco años de celebrada esa operación, por aplicación del principio general previsto por el art. 2560 del Código Civil y Comercial; b) Si se trata de acciones de nulidad y revisión del contrato de compraventa de acciones, ellas prescriben a los dos años de celebrado, de conformidad con lo dispuesto por el art. 2562 inc. a) del referido ordenamiento legal; c) Tratándose de un reclamo por vicios ocultos o redhibitorios, el plazo de prescripción es de un año, conforme lo prescribe el art. 2564 inc. a) del código unificado.

Art. 216.—

Acciones ordinarias: derecho de voto. Incompatibilidad. Cada acción ordinaria da derecho a un voto.

El estatuto puede crear clases que reconozcan hasta 5 votos por acción ordinaria. El privilegio en el voto es incompatible con preferencias patrimoniales.

No pueden emitirse acciones de voto privilegiado después que la sociedad haya sido autorizada a hacer oferta pública de sus acciones.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 13 incs. 1º a 3º, 244, 288. Resolución general IGJ 7/2015, art. 147. LSC Uruguay: art. 307.

§ 1. Las acciones privilegiadas

Congruentemente con lo dispuesto por el art. 207 de la ley 19.550, que admite la posibilidad de crear diversas clases de acciones, siempre y cuando sus titulares gocen de los mismos e idénticos derechos, los arts. 216 y 217 legislan sobre las acciones privilegiadas y preferidas respectivamente, que se diferencian por los diferentes derechos que ellas otorgan.

Las acciones privilegiadas, denominadas también acciones de voto plural o múltiple se caracterizan por conferir a sus titulares hasta cinco votos por acción, a diferencia de las acciones ordinarias, que sólo confieren un voto a cada una de ellas. Como se observa, el privilegio que caracteriza a las acciones de voto plural es siempre político.

Las acciones preferidas por el contrario, gozan de privilegios patrimoniales, que se concretan en el momento de que sus titulares perciben sus dividendos,

reembolso de capital o cuota liquidatoria, pero cabe señalar que el privilegio en el voto es incompatible con el privilegio patrimonial, de manera tal que resulta inadmisible la creación de títulos con ambos beneficios.

La creación de acciones privilegiadas o de voto múltiple responde por lo general a la necesidad de que un determinado grupo de accionistas —habitualmente los fundadores de la sociedad— conserven una posición de control y predominio en el gobierno de la sociedad, aun cuando la participación de los mismos en el capital social no resulte mayoritaria. Por el contrario, la emisión de acciones preferidas responde, también por lo general, a la necesidad de la sociedad de obtener capitales de terceros, y por ello es cláusula habitual en las condiciones de emisión, la posibilidad de rescate de las mismas por la sociedad y la carencia, por sus titulares, del derecho de voto, lo que lleva muchas veces a considerar que la emisión de acciones preferidas encubren un préstamo dinerario efectuado a la sociedad más que un contrato de naturaleza asociativa, lo cual es un error, por las razones que se expondrán al analizar el art. 217 de la ley 19.550.

Las acciones privilegiadas o de voto múltiple han sido severamente cuestionadas por la doctrina, y su admisión por la ley 19.550 encuentra serias restricciones, a punto tal que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 216, in fine, no pueden emitirse acciones de voto privilegiado después que la sociedad haya sido autorizada a hacer oferta pública de sus acciones. Esta excepción ha sido calificada por la jurisprudencia como absolutamente novedosa en nuestro derecho, con fundamento en la tendencia a eliminar la existencia de esa categoría de acciones(75).

¿Cuáles son las razones por las que la doctrina se ha mostrado renuente en aceptar la legitimidad de las mismas?

Richard(76), entiende que el poder que confieren las acciones privilegiadas se utiliza siempre en beneficio del grupo titular de las mismas y en detrimento de la sociedad. Villegas(77)lleva las críticas más allá y sostiene que su consagración legislativa puede llevar a la desnacionalización de la economía. Martorell(78)comparte la tesis de Richard, aunque justifica su admisión legal en la necesidad de tolerar institutos que ayuden a repotenciar la economía del país. Esta parece haber sido la razón que inspiró a los legisladores de 1972, pues la Exposición de Motivos de la ley 19.550 es lo suficientemente clara sobre las dudas de la admisión de esta categoría de acciones en nuestro derecho, sosteniéndose textualmente que en tanto la tendencia actual, tanto legislativa como en la dogmática, es contraria al reconocimiento de esta preferencia (...) la realidad argentina demuestra la conveniencia de su mantenimiento, por lo menos hasta que el país alcance un grado de desarrollo, de afianzamiento de su evolución industrial, porque actúa como incentivo y medio de garantía de "grupos de capital". De ahí que, como un comienzo hacia la supresión total, se acepta la modificación introducida por el art. 9º de la ley 19.060 y en distintos supuestos tal preferencia es inaplicable (quórum, ciertas reformas estatutarias, etc.).

En definitiva, la razón más importante para cuestionar la legitimidad de las acciones privilegiadas o de voto múltiple es la quiebra de la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el capital de la acción y el derecho de

voto que esta atribuye, pues con un porcentaje mínimo de capital puede obtenerse el control de la sociedad.

Sin embargo, las limitaciones establecidas por la ley 19.550 a la emisión de acciones privilegiadas, relativizan su importancia, toda vez que:

a) No pueden ser emitidas cuando la sociedad se encuentra autorizada para hacer oferta pública de sus acciones, lo cual se justifica en la protección del inversor bursátil.

b) El quórum para la celebración de las asambleas se computa por el capital y no por los votos (arts. 243 y 244).

c) Se declara inaplicable el privilegio en el voto en determinadas decisiones asamblearias, que se caracterizan por su trascendencia, como los supuestos enumerados en los arts. 70, 244, in fine y 284, de la ley 19.550, es decir, constitución de reservas libres que superen determinado monto, transformación, prórroga, disolución anticipada, transferencia de domicilio al extranjero, cambio fundamental del objeto, reintegro parcial o total del capital social, fusión (con excepción de los socios pertenecientes al ente incorporante), designación y remoción de síndicos, etcétera. En todos estos supuestos, cada acción otorga derecho a un solo voto, sin aplicarse la pluralidad, lo cual se explica en la necesidad de garantizar a todos los accionistas igualdad de condiciones para la adopción de determinadas decisiones que modifican el estatuto de la sociedad.

Art. 217.—

Acciones preferidas: derecho de voto. Las acciones con preferencia patrimonial pueden carecer de voto, excepto para las materias incluidas en el cuarto párrafo del art. 244, sin perjuicio de su derecho de asistir a las asambleas con voz.

Tendrán derecho de voto durante el tiempo en que se encuentren en mora en recibir los beneficios que constituyen su preferencia.

También lo tendrán si cotizaren en bolsa y se suspendiere o retirare dicha cotización por cualquier causa, mientras subsista esta situación.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 13 incs. 1º a 3º, 244, 284. Resolución general IGJ 7/2015, art. 147.LSC Uruguay: art. 310, 323.

§ 1. Las acciones preferidas

Su creación responde a la necesidad de atraer capitales, ofreciendo a sus suscriptores ciertas y determinadas ventajas patrimoniales, que consisten, por lo general en el derecho al cobro preferente de las utilidades hasta determinado porcentaje; el pago de un dividendo fijo, si existen utilidades, acompañándose su emisión con cláusulas de amortización o rescate; pago de dividendos fijos, si existen utilidades, pero acumulables; privilegio de percibir como dividendo un interés fijo, quedando para las acciones ordinarias como dividendo, lo que resta después de satisfechas las acciones preferidas; pago de dividendos en igual tiempo que las ordinarias, pero en mayor proporción, etcétera(79).

Si bien puede afirmarse, siguiendo un precedente jurisprudencial(80), que junto con el privilegio patrimonial de que gozan las acciones preferidas, va unida una limitación del derecho a participar en la administración y gestión ordinaria de la sociedad, porque la mayoría de las veces sus titulares únicamente persiguen el fin de colocar su dinero disponible en títulos de los que esperan obtener una renta lo más elevada posible y fija, no puede afirmarse que los titulares de tales acciones carezcan del carácter de accionistas, pues sólo tienen derecho a percibir sus dividendos privilegiados en la medida en que la sociedad obtenga ganancias, y se respeten estrictamente los requisitos que, para la distribución de dividendos prescriben los arts. 68 y 224 de la ley 19.550. De lo contrario, no existiría diferencia entre la emisión de acciones preferidas y el simple préstamo o mutuo dinerario, que son dos figuras totalmente contradictorias y que no encuentran punto de contacto alguno, por más que las condiciones de emisión hayan previsto el rescate de las mismas, al cabo de un tiempo determinado.

Como bien ha sido sostenido, al margen de los derechos políticos relativos a las acciones preferidas y ordinarias, es preciso destacar que las primeras no pierden, por el hecho de su preferencia, su calidad de cuota parte del capital social, ni mucho menos quedan transformadas en títulos de crédito que se atienen a su valor nominal. La circunstancia de gozar de un dividendo fijo, no posee otros alcances que los que la ley le asigna, cuyo incumplimiento acarreará determinadas consecuencias. Pero todos estos fenómenos ocurren sin perjuicio de que la acción preferida sea realmente una acción(81).

Por otra parte, debe tenerse presente que la validez de las preferencias patrimoniales está subordinada a que, tras ellas, no se escondan aquellos pactos leoninos previstos por los incs. 1º a 3º del art. 13 de la ley 19.550, cuya nulidad puede ser incluso decretada de oficio, a tenor de lo dispuesto por el art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación, que ha reemplazado el derogado texto del art. 1047 del Código Civil.

Las acciones preferidas pueden carecer de voto, si así se ha estipulado en las condiciones de emisión; de lo contrario, cada una de ellas tendrá derecho a un voto, pero no más, pues, como se había señalado y la ley 19.550 lo ratifica en su art. 216, la preferencia patrimonial es incompatible con el privilegio en el voto.

Aun cuando las acciones preferidas carezcan del derecho de voto, sus titulares pueden ejercer tal derecho en los siguientes casos:

a) En aquellas materias comprendidas en los arts. 70, 244, in fine y 284 de la ley 19.550, por la naturaleza y repercusión de tales acuerdos asamblearios, que aconsejan la participación de todos los accionistas, sin aplicarse, como se ha visto, la pluralidad de votos.

b) Cuando la sociedad se encuentra en mora en la satisfacción de los beneficios que constituyen su preferencia.

c) Cuando, si cotizan en Bolsa, se suspendiera o retirara dicha cotización, por cualquier causa, mientras subsiste esa situación.

§ 2. Las acciones preferidas y el ejercicio de los derechos de socio

Las especiales características de las acciones preferidas, y la discutible convicción de considerar a sus titulares como meros inversores, han llevado al extremo de suprimir o relativizar el otorgamiento a los mismos de ciertos derechos esenciales que la ley 19.550 confiere en forma imperativa, a los titulares de acciones ordinarias.

Ejemplo de lo expuesto lo encontramos en lo dispuesto por el art. 194de la ley 19.550, que por una parte otorga el derecho de preferencia a los titulares de acciones ordinarias, sean de voto simple o plural, y por la otra sólo conceden ese derecho a los titulares de las acciones preferidas, cuando este haya sido expresamente concedido por el estatuto o por la asamblea de accionistas que resolvió su emisión.

Reconocemos que la ley 22.903 ha dado un paso adelante en protección de los titulares de las acciones preferidas, que carecían de la posibilidad de ejercer el derecho de preferencia, a tenor de la versión original del art. 194, pero consideramos que el legislador de 1982 se ha quedado a mitad de camino, pues si se parte de la idea de que el accionista preferido es un verdadero accionista[82], no existen obstáculos serios para reconocerles idénticos derechos que les corresponden a los titulares de acciones ordinarias.

No resulta válido partir de la presunción de considerar al titular de acciones preferidas como mero inversor, para cuestionarles luego el ejercicio de ciertos derechos que son considerados como esenciales e inherentes a la calidad de socio. Por el contrario, aun considerando a la suscripción de acciones preferidas como una mera inversión de capital, la misma se caracteriza por otorgar al inversor, además de los réditos económicos, el estado de socio y la posibilidad de ejercer todos y cada uno de los derechos que ese status le confiere. Bien puede sostenerse que los peligros que tal inversión encierra —en tanto se repare que el accionista preferido está sujeto al riesgo empresario— están balanceados

con la posibilidad de intervenir políticamente en el gobierno de la sociedad emisora.

Por otra parte, resulta contradictorio que el legislador identifique, para el otorgamiento del derecho de preferencia, a las acciones ordinarias y privilegiadas, cuyos titulares gozan del mismo para la suscripción de nuevas acciones de la misma clase en proporción a las que ellos posean, y sólo se otorgue ese derecho a los titulares de acciones preferidas, para el caso de que el estatuto así lo prevea o lo resuelva una asamblea de accionistas. Semejante discriminación no encuentra justificación lógica alguna y colisiona con lo dispuesto por los arts. 207 y 250 de la ley 19.550, pues es de toda evidencia que negarle a los titulares de acciones preferidas el derecho de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones implica afectar los derechos de esa clase de acciones, violándose el fundamento mismo del derecho de preferencia, que no es otro que asegurar a los accionistas el mantenimiento de su grado de participación en el capital social, afectándose sus intereses económicos —al evitar la dilución patrimonial que implica todo nuevo aumento del capital por nuevos aportes— y sus intereses políticos, permitiéndoles conservar el poder de voto en las asambleas y el pleno derecho de información sobre la gestión societaria(83).

A ello no obsta el hecho de que las respectivas condiciones de emisión les prive del derecho de voto o haya previsto su rescate, transcurridos determinados ejercicios, pues la carencia del derecho de voto no es absoluta, como el art. 217 expresamente lo establece, y, el rescate, por otra parte, si bien supone limitar el estado de socio por un determinado tiempo, de manera alguna implica privarlo de los derechos que este estado, aun temporal, les confiere a sus titulares.

Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que el accionista preferido puede ejercer sin limitaciones todos los derechos que la ley confiere a los mismos, con excepción del derecho de voto, y entre ellos el derecho de receso, pues la circunstancia de que no puedan participar con su voto en las decisiones asamblearias que confieren ese derecho, no autoriza a sostener que las modificaciones sustanciales del estatuto previstas por el art. 245 de la ley 19.550 no los afecten.

La jurisprudencia no es abundante en esta materia, habiéndose admitido reiteradamente el derecho de los accionistas preferidos a concurrir en la distribución de acciones de revalúo, partiéndose de la base, con total rigor lógico y científico, que si el revalúo contable refleja el mayor valor patrimonial de las acciones en circulación, no hay dudas de que las acciones preferidas tienen el mismo derecho que las ordinarias a participar de las emisiones de acciones que se originan en la capitalización de esos saldos de revalúo contable(84).

El derecho de los accionistas preferidos a las acciones emitidas como consecuencia de la capitalización de saldos de revalúo no implica, sin embargo, idéntico derecho a la capitalización de utilidades, cuando aquellos han percibido sus preferencias, como acertadamente lo ha sostenido otro precedente jurisprudencial(85).

§ 3. Las acciones de participación

Las llamadas acciones de participación han sido incorporadas a nuestra legislación por la resolución general 208 de la Comisión Nacional de Valores, en uso de las facultades otorgadas a dicho organismo por el art. 14 de sus Normas, que establece la posibilidad de que las sociedades que hacen oferta pública autorizada por la Comisión Nacional de Valores, emitan títulos valores representativos de una participación en el capital social, pero carentes de derecho a voto, denominadas "acciones de participación".

Las características de las acciones de participación son las siguientes:

a) Carecen de derecho a voto, salvo que le sea retirada a la sociedad emisora la autorización para cotizar sus títulos.

b) Pueden ser rescatadas por la sociedad emisora de acuerdo con los términos de las condiciones de emisión. Si no fueren rescatables, deberán ser convertidas en acciones ordinarias en un máximo de veinte años.

c) Tienen una preferencia patrimonial consistente en una antelación por el reintegro de su valor nominal en el caso de liquidación y gozan de igual participación en el reparto de los dividendos.

d) Se establece, para las acciones de participación, un límite del treinta por ciento del capital total emitido.

e) A tenor de sus características, las acciones en participación constituyen una especie de acciones preferidas pues presentan las mismas características que para ellas prevé el art. 217, LSC, recordándose además que la prioridad en el pago de la cuota liquidatoria es una de las tantas ventajas que pueden ofrecer estas acciones(86).

La circunstancia de que los tenedores de acciones en participación sólo gocen de un derecho ejercitable solamente en la etapa liquidatoria, enerva los peligros que aneja la posibilidad de que aquellos recuperen su derecho de voto cuando la sociedad se encuentra en mora en el pago de sus beneficios, como lo asegura el art. 217 para las acciones preferidas con prioridad o ventajas especiales en la percepción del dividendo.

Coincido con Couso(87), que la intención del legislador ha sido la de evitar la injerencia de las minorías en la toma de decisiones sociales, que tanto aterra a los empresarios, y por ello el derecho de voto de los tenedores de las acciones de participación es prácticamente impensable, salvo retiro firme de la cotización a la sociedad emisora.

Así como lo he expresado al referirme a los derechos de los titulares de acciones preferidas, las limitaciones establecidas por la resolución general 208 de la Comisión Nacional de Valores para estas acciones, deben ser apreciadas con criterio restrictivo, y por lo tanto, sus titulares sólo carecen del derecho de voto, manteniendo intangibles sus demás derechos políticos y económicos, incluso el de suscripción preferente, con las limitaciones establecidas por el art. 194, in fine de la ley 19.550.

Art. 218.—

Usufructo de acciones. Derecho del usufructo. La calidad de socio corresponde al nudo propietario.

El usufructuario tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo. Este derecho no incluye las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas, pero comprende las correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización.

Usufructuarios sucesivos. El dividendo se percibirá por el tenedor del título en el momento del pago; si hubiere distintos usufructuarios se distribuirá a prorrata de la duración de sus derechos.

Derechos del nudo propietario. El ejercicio de los demás derechos derivados de la calidad de socio, inclusive la participación en los resultados de la liquidación, corresponde al nudo propietario, salvo pacto en contrario y el usufructo legal.

Acciones no integradas. Cuando las acciones no estuvieren totalmente integradas, el usufructuario para conservar sus derechos debe efectuar los pagos que correspondan, sin perjuicio de repetirlos del nudo propietario.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 213, 215; Código Civil, arts. 2807 y ss.; LSC Uruguay: art. 308.

§ 1. Usufructo de acciones. Generalidades

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 2129 del Código Civil y Comercial de la Nación, el usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa cuya propiedad pertenece a otro, sin alterar su sustancia.

En concordancia con esa definición, el art. 218 de la ley 19.550 contempla la posibilidad de constituir el derecho real de usufructo sobre acciones, prescribiendo que la calidad de socio corresponde al nudo propietario y reservando al usufructuario el derecho a obtener las ganancias logradas durante la vigencia del mismo.

En otras palabras, el titular o propietario de la acción goza de todos los derechos inherentes a la calidad de socio, tanto políticos como patrimoniales, con excepción de la percepción de los dividendos, que quedan en cabeza del usufructuario.

La deficiente redacción del tercer párrafo del art. 218 en análisis, ha dado lugar a una serie de interpretaciones diferentes, pues parecería que de la redacción del mismo surge la posibilidad de que el nudo propietario puede, convención expresa mediante, transferir los derechos políticos al usufructuario(88), lo cual estimo inadmisible.

Luego de establecer y reglamentar el derecho del usufructuario a las ganancias del ejercicio, el tercer párrafo del art. 218 de la ley 19.550 prescribe textualmente que: "El ejercicio de los demás derechos derivados de la calidad de socio, inclusive la participación en los resultados de la liquidación, corresponde al nudo propietario, salvo pacto en contrario y el usufructo legal".

No creo admisible en derecho que a través de un pacto con el usufructuario, el nudo propietario pueda ceder el ejercicio de la totalidad de sus derechos políticos, que en general y particularmente referido al derecho de voto, el legislador los ha declarado intransferibles (arts. 219, 239, 248, etc.)(89). La convención en contrario que autoriza el art. 218, párrafo 3º se refiere exclusivamente a la cesión en favor del usufructuario de los resultados de la liquidación, lo cual es congruente con la naturaleza de los derechos que pueden ser cedidos al usufructuario.

Esta solución, que se compadece con la finalidad misma del contrato de usufructo, es la que mejor se adecua a las normas del Código Civil y Comercial, en tanto el art. 2151 establecen que el nudo propietario conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho. Estas normas resultan aplicables por analogía al usufructo de acciones, por carecer el ordenamiento mercantil de otras disposiciones referidas a ese derecho real. A mayor abundamiento, el tercer párrafo del art. 218, referido a la constitución de varios usufructos sobre las mismas acciones, reglamenta el ejercicio de los derechos económicos de cada uno de los usufructuarios, sin hacer alusión al ejercicio de los derechos políticos, lo cual ratifica, una vez más, la inadmisibilidad de la cesión por el nudo propietario de los derechos políticos.

En definitiva, el nudo propietario de las acciones es titular de todas las facultades inherentes a su condición de socio, reteniendo para sí los derechos de voto, de receso, de opción preferente, información, impugnación, participación en la liquidación social y a la percepción de las ganancias pasadas a reserva durante el usufructo, resultando estos últimos dos derechos transmisibles al usufructuario mediante convención expresa entre ellos(90).

§ 2. Perfeccionamiento del contrato de usufructo

El usufructo se constituye y es válido entre las partes, una vez suscripto el contrato correspondiente y anotado el mismo en el libro de registro de acciones (art. 215 de la ley 19.550), no siendo necesaria la entrega de los títulos al usufructuario, quien se encuentra legitimado para ejercer los derechos patrimoniales correspondientes a las acciones sometidas a este derecho real, por su anotación en el referido libro, cuyas constancias los órganos de la sociedad no pueden desconocer.

Si se trata de acciones escriturales, el usufructo debe ser inscripto en el libro de accionistas y constar en los comprobantes de saldos de cuenta (arts. 213 y 215 del mismo ordenamiento legal).

§ 3. Límites a los derechos del usufructuario

La ley 19.550, en su art. 218 ha sido categórica sobre los derechos del usufructuario, que quedan en principio limitados a la percepción del dividendo, entendido este como el pago en efectivo efectuado por la sociedad a los accionistas, de las ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio, regularmente confeccionado y aprobado.

Ello nos conlleva al derecho del usufructuario a la percepción de los dividendos en acciones, que el art. 218 de la ley 19.550, no lo autoriza, ratificando con ello que el dividendo en acciones no constituye nunca un dividendo, en el sentido técnico de la palabra, sino una comodidad verbal utilizada para simplificar el procedimiento de capitalización de utilidades, mediante el cual, por decisión de la asamblea, se resuelve aumentar el capital social, con la obligación de todos y cada uno de los accionistas de suscribir e integrar las acciones con los dividendos pendientes de percepción.

Es evidente, a la luz de lo expuesto, que las acciones liberadas que se entregan al accionista como consecuencia de la capitalización de cualquier cuenta del balance (art. 189 de la ley 19.550), deben ser entregadas siempre al nudo propietario, y ello se encuentra expresamente ratificado por la norma que se analiza, cuando sostiene que el derecho del usufructuario a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo no incluyen las ganancias pasadas a

reserva o capitalizadas, pero obviamente comprende las correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización.

Para explicarlo más claramente: las acciones que se emiten como consecuencia de la capitalización de cuentas del balance pertenecen al nudo propietario, pero los dividendos correspondientes a las mismas son percibidos por el usufructuario, porque la emisión de acciones liberadas son consecuencia de la capitalización de cuentas de los estados contables, en particular, de reservas retenidas en anteriores ejercicios, que le hubieran correspondido al usufructuario, de haberse distribuido entre los socios.

Los derechos reconocidos al usufructuario por el art. 218 se justifican por la naturaleza del dividendo, que configuran un fruto civil, en los términos del art. 2141 del Código Civil y Comercial de la Nación. En tal sentido, ha sido dicho en uno de los pocos fallos judiciales que ha tocado el tema del usufructo de acciones —el caso "Cherny Lucio"— que los dividendos correspondientes a los balances de ejercicio económico de las sociedades revisten el carácter de frutos civiles por las características de regularidad y periodicidad que tipifican a la renta. Sin embargo, no se incluyen dentro de los derechos del usufructuario las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas, porque estas reservas, consistentes en utilidades no distribuidas, permanecen en la sociedad, contribuyendo con su desarrollo y productividad, y por lo tanto, no se configuran para el accionista como una renta civil. En cambio, el derecho del usufructuario comprende las ganancias correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización"[(91)].

En definitiva, los derechos patrimoniales del usufructuario se limitan a la percepción de las utilidades, con excepción de la cuota liquidatoria, si así lo hubieran estipulado ambas partes al constituir el usufructo. Bien es cierto que el art. 218 tercer párrafo de la ley 19.550 establece al "usufructo legal" como una excepción al ejercicio, por parte del nudo propietario, de todos los demás derechos inherentes a la calidad de socio, haciendo alusión a la situación descripta por el derogado art. 2816 del Código Civil, vale decir, el establecido por la ley en los bienes de los hijos menores en favor de sus padres, en los términos dispuestos por el Título III de la Sección Segunda, Libro Primero del Código Civil ("De la patria potestad"). Sin embargo, el Código Civil y Comercial ha modificado el régimen de la patria potestad y la ha reemplazado por lo que el referido ordenamiento legal define como "Responsabilidad Parental", que legisla en los arts. 638 a 704. Dentro de esas normas se encuentran los arts. 697 y 698, referidos a la administración, por sus padres, de las rentas de los bienes del hijo, que no la encuadran ya dentro de la figura del usufructo, sino como una obligación de los progenitores, que están obligados a preservar esas rentas, cuidando que no se confundan con sus bienes propios, y que solo pueden utilizar en los casos previstos en dichas disposiciones legales.

§ 4. Usufructos sucesivos

A esta situación se refiere el art. 218, párr. 3º de la ley 19.550, previendo la constitución, por el nudo propietario, de varios usufructos sobre las mismas acciones. En tal caso, el dividendo se distribuirá a prorrata de la duración de los derechos de cada uno de los usufructuarios, lo cual se explica por la naturaleza de los dividendos, que al, ser un fruto civil, se adquieren día por día y no al tiempo que se distribuyen (art. 2141 del Código Civil y Comercial de la Nación).

§ 5. Usufructo sobre acciones no integradas

El último párrafo del art. 218 se refiere a la situación contemplada por el art. 192 de la ley 19.550, que dispone la automática suspensión de los derechos inherentes a las acciones en mora en la integración de las acciones suscriptas.

En tal caso, y resultando ajena al usufructuario, la obligación de integración, que pertenece al nudo propietario, la ley permite que el saldo de integración o dividendo pasivo pueda ser afrontado por el usufructuario, a los fines de gozar de los beneficios del usufructo, pudiendo posteriormente repetir los gastos efectuados del titular de las acciones.

Art. 219.—

Prenda común. Embargo. En caso de constitución de prenda o de embargo judicial, los derechos corresponden al propietario de las acciones.

Obligación del acreedor. En tales situaciones, el titular del derecho real o embargo queda obligado a facilitar el ejercicio de los derechos del propietario mediante el depósito de las acciones o por otro procedimiento que garantice sus derechos. El propietario soportará los gastos consiguientes.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 53, 213 incs. 4º y 6º, 238. LSC Uruguay: art. 309.

§ 1. La prenda de acciones

La prenda de acciones prevista por el art. 219 de la ley 19.550 constituye un claro ejemplo de la prenda con desplazamiento o prenda común, legislada por los arts. 2219 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación, que suponen la entrega de la cosa al acreedor, en garantía de una deuda.

La prenda de acciones es raramente utilizada como eficiente instrumento de garantía, por las razones que en los párrafos siguientes se expondrán, aun cuando es frecuente echar mano a este derecho real en caso de compraventa de acciones, como garantía del pago del saldo de precio. Asimismo, no es poco habitual la utilización del instituto de la prenda de acciones por las entidades financieras, como resguardo por el cumplimiento del reembolso de los créditos que conceden(92).

Si bien la prenda se perfecciona con la entrega de los títulos (art. 2219 del Código Civil y Comercial), el propietario o deudor conserva el ejercicio de los derechos políticos y patrimoniales inherentes a la calidad de socio, y a tal efecto, el acreedor prendario está obligado a facilitar la presentación de las acciones, cuando este requisito sea necesario para el ejercicio de los derechos de socio. Con ello se evita el obstáculo que significa el tener que legitimarse como accionista, careciendo de la tenencia material del título que, en razón del contrato de prenda, debe encontrarse en poder del vendedor.

Siendo hoy las acciones necesariamente nominativas no endosables, la constitución de la prenda para ser oponible a la sociedad y surtir efectos contra terceros debe ser inscripta en el libro de registro de acciones, en los términos del art. 213, inc. 4º, de la ley en análisis.

§ 2. Derechos del acreedor prendario

Los derechos de asistencia a las asambleas y emisión de voto que les corresponden al deudor prendario han sido un tema muy discutido en doctrina, pues con sólidos argumentos se ha argumentado que su otorgamiento se contradice con la naturaleza jurídica de la prenda y con la finalidad económica de la misma, pues resulta inadmisible que el deudor conserve el derecho de voto quedando el acreedor a su merced, por la ínsita facultad que otorga el mencionado derecho a participar en acuerdos asamblearios que influyan en el valor de las acciones entregadas en garantía.

La ley 19.550, manteniendo la posición que podría denominarse clásica en la doctrina, ha puesto en cabeza del propietario el ejercicio de todos los derechos correspondientes a la calidad de socio, y lo ha hecho teniendo en consideración que la entrega de las acciones en garantía no supone la transmisión del estado de socio. El argumento sostenido en el párrafo precedente, si bien de peso, no resulta suficiente para poner en cabeza del acreedor el ejercicio del derecho de

voto, pues este puede también modificar la esencia y el valor de la cosa dada en prenda, y frente a ambas posibilidades, aparece evidente que debe prevalecer el interés del dueño frente al interés secundario de un acreedor, sin perjuicio de las responsabilidades a que el abuso de su derecho pueda dar lugar (art. 10 del Código Civil y Comercial)[93].

En la práctica, y a fines de dejar sin efecto las claras disposiciones del art. 219 de la ley 19.550, es frecuente que el acreedor prendario se haga otorgar en su favor un poder irrevocable de asistencia a las asambleas, con derecho de voto, en los términos del art. 1977 del Código Civil —hoy art. 1330 del Código Civil y Comercial de la Nación— mandato este que la doctrina ha cuestionado fundadamente, como se verá oportunamente.

De todos modos, coincidimos con Matta y Trejo, de que resultaría necesario la inclusión en la ley 19.550, de concretas normas de protección al acreedor prendario, como por ejemplo, la subrogación de determinados derechos, tales como el de suscripción preferente, de información y la posibilidad de impugnar decisiones asamblearias, cuando estos violen la ley, el estatuto o reglamento o sean contrarios al interés social[94], aun cuando debe recordarse que la jurisprudencia ha admitido en alguna oportunidad, la suspensión de la ejecución de un aumento del capital social, frente a la omisión del deudor de ejercer su derecho de suscripción preferente[95].

Habitualmente, la constitución de prenda de acciones por el comprador de las mismas, cuando se trata de garantizar el saldo del precio de una compraventa accionaria, se complementa con un contrato de depósito a favor de un tercero —generalmente un escribano— en donde el depositario asume las obligaciones inherentes a tal cargo, permaneciendo ajeno a las relaciones derivadas de la prenda y con la obligación de entregar los títulos al acreedor al vencimiento del plazo de la obligación, cuando la deuda no ha sido saldada. El art. 2221 del Código Civil y Comercial establece que el tercero elegido en el contrato de prenda debe haber recibido de ambas partes el cargo de guardar el objeto en interés del acreedor, por lo que ha sido resuelto judicialmente que es inadmisible pretender que la sustitución de la persona del depositario en forma unilateral por una de las partes no viola lo convenido por ellos en el respectivo contrato[96].

§ 3. Embargo de acciones

El embargo de acciones, y su posterior venta judicial en pública subasta está admitido como principio general por el art. 57, párr. 2º de la ley 19.550 y reglamentado, sólo en lo que se refiere a los derechos del deudor embargado, por el art. 218 del mismo ordenamiento legal.

Dichas normas deben complementarse con las respectivas disposiciones de los códigos de procedimientos de cada jurisdicción. En tal sentido, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el art. 562 se refiere al procedimiento de subasta de títulos o acciones, como se analizará en párrafos posteriores.

Tratándose de acciones nominativas, el embargo debe ser inscripto en el libro de registro de acciones (art. 213, inc. 6º). Por el contrario, tratándose de acciones al portador, lo cual solo se menciona como simple información, habida cuenta la eliminación en nuestro régimen societario de estas acciones, la medida precautoria sólo puede llevarse a cabo en el mismo acto en el cual el deudor se encuentre ejerciendo cualquiera de los derechos de socio, y para los cuales este debe valerse de la exhibición material de los títulos.

En ambos casos, la traba del embargo sobre las acciones no menoscaba los derechos del deudor, quien puede continuar con el ejercicio de los derechos de socio aplicándose lo dispuesto por el art. 219 de la ley 19.550, en relación con las obligaciones impuestas al acreedor embargante, cuando hubiera mediado secuestro de las mismas.

En definitiva, el embargo preventivo sobre las acciones impide la enajenación de las mismas, pero no interfiere en el ejercicio de los demás derechos del accionista.

§ 4. Ejecución de las acciones o títulos accionarios

El art. 562 del Código Procesal, textualmente dispone que: "Si se hubiese embargado títulos o acciones que se coticen oficialmente en los mercados de valores, el ejecutante podrá pedir que se le den en pago al precio que tuvieren a la fecha de la resolución que así lo dispone; si no cotizaren, se observará lo establecido por el art. 573".

Es decir, si se trata de acciones que cotizan en Bolsa, el acreedor tiene el derecho de adquirirlas al valor de su cotización, en un procedimiento que se ha llamado "adjudicación".

De lo contrario, de no existir interés del ejecutante, la venta de las acciones embargadas debe ser efectuada por un agente de Bolsa en el recinto de operaciones (art. 36, ley 17.811).

Por el contrario, tratándose de sociedades cerradas, se recurrirá al procedimiento ordinario de subasta de cosas muebles, debiendo ordenar el juez interviniente la venta en remate de las acciones sin base o al contado o con las facilidades que por resolución fundada se establezcan (art. 573, Cód. Proc.).

Si bien resulta de lamentar la ausencia de una norma como la prevista por el art. 153, in fine de la ley 19.550, que reglamenta la ejecución forzada de cuotas sociales de una sociedad de responsabilidad limitada sujetas a limitaciones en su transferencia, que hubiera resultado importante reproducir cuando las acciones del deudor se encuentren sometidas a las cláusulas previstas por el art. 214, entiendo que nada obsta a la aplicación analógica de aquella disposición, por varias razones:

a) La indisimulable semejanza entre las cuotas sociales y las acciones nominativas, sometidas ambas al régimen de limitación de su transferencia, que confieren un carácter intuitu personae a ambas sociedades;

b) La compatibilidad del régimen establecido por el art. 153 para las sociedades cerradas y,

c) La intención del legislador, que ha sido idéntica al legislar sobre la posibilidad de restringir la circulación de cuotas o acciones (arts. 153 y 214 del ordenamiento legal societario).

Art. 220.—

Adquisición de sus acciones por la sociedad. La sociedad puede adquirir acciones que emitió, sólo en las siguientes condiciones:

1) Para cancelarlas y previo acuerdo de reducción del capital;

2) Excepcionalmente, con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres cuando estuvieren completamente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria;

3) Por integrar el haber de un establecimiento que adquiere o de una sociedad que incorpore.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 197, 203, 204, 222; resolución general IGJ 7/2015, art. 105. LSC Uruguay: art. 314.

Art. 221.—

Acciones adquiridas no canceladas, venta. El directorio enajenará las acciones adquiridas en los supuestos 2 y 3 del artículo anterior dentro del término de un año; salvo prórroga por la asamblea. Se aplicará el derecho preferente previsto en el art. 194.

Suspensión de derechos. Los derechos correspondientes a esas acciones quedarán suspendidos hasta su enajenación; no se computarán para la determinación del quórum ni de la mayoría.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 197, 203, 204, 222; Código Civil: art. 867.LSC Uruguay: art. 314.

§ 1. La compra de acciones por la misma sociedad

La ley 19.550 ha receptado en general, el criterio restrictivo que impera en las legislaciones extranjeras para admitir la adquisición por la sociedad de sus mismas acciones, pues esa operación se revela como peligrosa, al afectar gravemente el capital social, los intereses de los acreedores, de los socios y de la propia sociedad.

Entre estos peligros, como lo resume el profesor español Velasco San Pedro[97], se destaca como el más típico el de los acreedores sociales, cuando la adquisición de las propias acciones por la sociedad emisora se realiza con bienes de su capital social, cual puede suponer una reducción virtual del mismo, sin las garantías que generalmente se prevé para el supuesto. Por otro lado, de permitirse a la sociedad ser socia de sí misma, los administradores tendrían un poder enorme que se prestaría a la consumación de abusos intolerables, pues ellos ejercerían la representación de la sociedad en la adopción de los acuerdos sociales, sin asumir las responsabilidades correspondientes por la ilegitimidad de las mismas.

La prohibición absoluta de la adquisición de las acciones por la sociedad, así como la aceptación en garantía de sus propias acciones, ha sufrido un cambio en los últimos años, que de ninguna manera llevan a la total derogación de ese principio, pero sí a una relativización del mismo, habida cuenta que la posibilidad de la sociedad de recurrir a esta operación puede rendir grandes servicios al interés social, toda vez que:

a) Evita daños a la sociedad, para impedirle caer en la esfera de dominación de un grupo competidor.

b) Simplifica determinadas operaciones como, por ejemplo, la reducción del capital social.

c) Permite utilizar las acciones como instrumento de política social de la empresa, ofreciendo las mismas a los trabajadores.

Esos argumentos fueron tenidos en cuenta por la ley 19.550, que si bien mantiene como principio general la prohibición de estas operaciones, bajo determinadas condiciones y sólo por un muy breve plazo de tiempo, permite a la sociedad ser dueña de sus acciones.

En otras palabras, la adquisición de acciones por la sociedad sólo puede ser considerada como un remedio excepcional y temporal, pues esta operación, además de los peligros que la misma aneja, puede llevar a desvirtuar el concepto mismo de sociedad y su carácter contractual, desnaturalizando absolutamente los requisitos que la ley ha previsto para la existencia de la sociedad, pensada e ideada como un instrumento de concentración de capitales para emprendimientos empresarios.

Por otra parte, la adquisición de las acciones por la misma sociedad supone la confusión como medio de extinción de las obligaciones, en los términos de los arts. 931 y ss. del Código Civil y Comercial, pues el rescate de los aportes de los socios por el ente no implica otra cosa que concentrar, en un mismo sujeto, el carácter de acreedor y deudor de la misma obligación.

La jurisprudencia de nuestro país, aunque aislada, ha resaltado los peligros de la compra de las acciones por la misma sociedad, en la medida que implica una alteración al principio de la intangibilidad del capital social, máxime cuando media limitación de responsabilidad por el tipo elegido, por lo que el mismo constituye la única y eficiente garantía para los terceros(98).

Los arts. 220 y 221 de la ley 19.550, inspirados en la excepcionalidad de esta operación, regulan la compra de acciones y la admiten siempre que ella cumpla precisos y concretos requisitos, y si bien ella puede convertirse en algunos casos como un sustituto del procedimiento de la reducción del capital social evitando el cumplimiento de los requisitos enumerados por los arts. 203 y 204, ello sólo será admisible cuando la compra de sus acciones se lleve a cabo mediante ganancias realizadas y líquidas o reservas libres, pues en tales casos no se disminuye el capital social, y por ello no se afectan las garantías de los terceros.

En definitiva, y para evitar los peligros que tal operación implica, el legislador ha tomado los siguientes recaudos:

1. Admitiendo la compra de acciones, como uno de los procedimientos para llevar a cabo la reducción del capital social. Obviamente, en este caso, la aplicación de las normas de protección que para los terceros establece el art. 204 de la ley 19.550, se torna insoslayable.

2. Para los otros casos previstos por el art. 220, es decir, para evitar un daño grave a la sociedad o por integrar las acciones el haber de un establecimiento que adquiera o una sociedad que incorpora, el legislador sólo admite la operación si, en el primer caso, la compra se lleva a cabo con ganancias realizadas y líquidas o mediante reservas libres, y en ambos supuestos, suspendiendo el ejercicio de los derechos inherentes a dichas acciones durante todo el tiempo que las mismas estuvieran en su cartera, que no puede exceder en principio, del plazo de un año computado desde su adquisición. Con ello se

evitan los abusos y fraudes en que pudieran incurrir los administradores, al utilizar el derecho de voto que las acciones adquiridas confieren.

Los supuestos previstos por el art. 220, incs. 2º y 3º de la ley 19.550, mueven a las siguientes reflexiones:

a) La adquisición, cuando se trata del supuesto previsto por el art. 220, inc. 2º, es decir, "para evitar un peligro grave", debe ser efectuada con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres. Esta adquisición nunca supone la reducción del capital social, pues el art. 221 obliga al directorio a la enajenación de las mismas, dentro del plazo de un año, salvo prórroga de la asamblea.

b) Las acciones adquiridas deben estar totalmente integradas, pues de lo contrario, la sociedad haría remisión del saldo de integración, con lo que se afectaría el capital social, sin perjuicio de destacar que esa remisión constituye uno de los mecanismos para la reducción del capital social, y que obliga a la aplicación de la norma de garantía prevista por el art. 204 del ordenamiento societario vigente(99).

c) Siempre tratándose del análisis del inc. 2º del art. 220, cabe puntualizar que la adquisición de las propias acciones debe estar fundada en la existencia de un daño grave, que debe ser concreto y no meramente hipotético. La ley 19.550 emplea una fórmula amplia, autorizando la compra de acciones por la sociedad en caso de existir la posibilidad de un daño grave, pero sin definir el mismo ni ejemplificar aquellas situaciones en que ese daño pueda producirse. En consecuencia, el criterio de gravedad exigido por el art. 220, inc. 2º, si bien responde a un criterio objetivo, nacido de la naturaleza del peligro, o del daño que pueda afrontar la empresa en caso de omitir la adquisición de las acciones, tiene también una importante cuota de subjetividad, que se relaciona con la repercusión que los socios asignan al evento grave que se pretende paliar o evitar(100). La adquisición de acciones en este caso debe ser decidida por el directorio, justificando el daño grave en la próxima asamblea, que deberá aprobar o desaprobar lo actuado por el órgano de administración en ese sentido, pero lo expuesto no obsta a que el directorio convoque previamente a asamblea de accionistas requiriendo la autorización de compra de acciones.

La adquisición de acciones por la sociedad existiendo peligro grave, no significa que cualquier accionista se encuentre obligado a enajenarlas cuando el directorio así lo decida. El art. 220 de la ley 19.550 no implica una expropiación, sino que se refiere a otros supuestos, casi todos referidos a las sociedades que cotizan sus acciones en la Bolsa, autorizando al directorio a efectuar esa compra por el valor de cotización, para evitar la caída del precio de la cotización, ante la inminente realización de actos que puedan beneficiarla (aumento de capital, fusión, etc.). Pero quizás el ejemplo más frecuente de la adquisición de acciones por la sociedad para evitar un daño grave se encuentra en el caso en que un accionista ejerza el derecho de receso, y el directorio, a fines de evitar la reducción del capital, adquiera las acciones de aquel con utilidades realizadas y líquidas, al precio resultante del último balance aprobado. El peligro grave sin duda lo constituye la reducción misma del capital social, que, por ser voluntario, obliga a publicar los edictos previstos por el art. 83, inc. 2º de la ley 19.550,

remisión del art. 204, con los inconvenientes que las oposiciones de los acreedores puedan ocasionar.

d) Tratándose de la hipótesis prevista por el inc. 3º del art. 220, cabe reparar que el legislador prevé dos supuestos diferentes: por un lado, la adquisición de un fondo de comercio, en cuyo activo se cuenten acciones de la sociedad adquirente, y por el otro, el caso de que esta sociedad absorba a otro ente, propietario de las acciones de aquella, a través del procedimiento de fusión por absorción. En ambos casos, y al igual que lo previsto para el inc. b del artículo en análisis, el directorio deberá enajenar las acciones en el término previsto por el art. 221, aplicándose el derecho de preferencia y de acrecer, previstos por el art. 194 de la ley 19.550.

La doctrina nacional y extranjera han mirado con recelo la adquisición de acciones por la sociedad, sosteniéndose que esa operación supone la confusión como causa de extinción de las obligaciones, y obliga a la compañía a cancelar las mismas en tanto los títulos así comprados por la sociedad representan derechos que deben ser ejercidos ante sí, objeción que si bien es atendible, no es decisiva, por tratarse de una confusión temporal y no definitiva.

El art. 220 de la ley 19.550 prescribe que el directorio deberá enajenar las acciones adquiridas en los supuestos previstos por los párrafos. 2º y 3º del art. 220 —adquisición para evitar un daño grave y por integrar el haber de un establecimiento que adquiere o una sociedad que incorpora— dentro del término de un año de adquiridas las mismas, salvo prórroga dispuesta por la asamblea, aplicándose para la venta de aquellas los derechos de preferencia y de acrecer previstos por el art. 197. Entretanto, y hasta que la enajenación no se concrete, los derechos correspondientes a esas acciones quedan suspendidos, careciendo de virtualidad incluso para el cómputo de la determinación del quórum y la mayoría en las asambleas ordinarias.

§ 2. Interrogantes que plantea el art. 221 de la ley 19.550

El art. 221 de la ley 19.550, en cuanto dispone la suspensión de los derechos correspondientes a esas acciones hasta su enajenación, que deberá ser efectuada por el directorio dentro del término de un año a contar de su adquisición, salvo prórroga por la asamblea, plantea los siguientes interrogantes:

a) ¿Cuál es el límite temporal de la prórroga que la asamblea de accionistas puede autorizar al órgano de administración para enajenar las acciones?

La ley 19.550 no aclara el punto, pero debe entenderse que la prórroga en cuestión debe ser otorgada con criterio restrictivo, pues de prolongarse indefinidamente la propiedad de las acciones en manos del ente emisor, puede

simularse una reducción de capital que, por ser voluntario, supone el cumplimiento de los requisitos establecidos por el art. 204 de la ley 19.550, previstos en protección de los socios y de los terceros acreedores de la sociedad.

b) ¿La suspensión de los derechos de las acciones durante ese período, comprende tanto los políticos como los patrimoniales?

Tampoco el art. 221 hace diferencias y, de atenernos al texto literal de la norma no debe distinguirse entre uno y otro supuesto(101). Sin embargo, la suspensión no puede sino referirse al ejercicio de los derechos políticos, y nunca a los derechos patrimoniales, pues aquellos, a diferencia de estos, son derechos que se ejercen cronológicamente en el momento que corresponde o se pierden definitivamente, por lo que no cabe duda alguna de su inclusión en la norma.

Por el contrario, no sucede lo mismo con los derechos patrimoniales, en especial el derecho al dividendo, cuya percepción queda en suspenso, y no cancelada definitivamente. Nada obsta, en conclusión a que los dividendos correspondientes a esas acciones, en poder de la sociedad, se acrediten a reservas o aquellas sean transferidas con el derecho a percibir los dividendos impagos, con lo cual este mayor valor acrecentará el patrimonio de la sociedad vendedora(102).

c) ¿Cuáles son las condiciones en que la sociedad procederá a la venta de esas acciones?

El legislador sólo ha previsto el derecho de preferencia de los accionistas sobre esas participaciones, pero, a los efectos de responder al interrogante, debe repararse en la naturaleza jurídica del acto de que se trata, teniendo en consideración que no se está en presencia de una nueva emisión de acciones, sino de una venta de esos títulos, cuyo precio no debe ser el nominal, sino que deberá estar determinado por el valor de su cotización o el del mercado, recordándose al respecto la diferencia que debe hacerse cuando la enajenación de las acciones adquiridas por la sociedad comprenda asimismo el derecho a percibir las utilidades en suspenso.

Finalmente, cabe aclarar que no existe obstáculo para que la sociedad adquirente de sus propias acciones en los términos de los incs. 2º y 3º del art. 220, distribuya las acciones adquiridas en proporción a las respectivas tenencias de los accionistas, lo cual constituye el camino más simple para llevar a cabo el procedimiento previsto por el art. 221, párrafo 1º, de la ley en análisis(103).

§ 3. Violación de lo dispuesto por los arts. 220 y 221 de la ley 19.550

Deben distinguirse al respecto dos supuestos diferentes:

1. La adquisición por la sociedad de sus propias acciones, en violación a lo dispuesto por el art. 220 de la ley 19.550 implica la nulidad absoluta del acto, pues mediante esa operación se afecta la intangibilidad del capital social y se afectan los derechos de los terceros acreedores de la sociedad. Por lo tanto, esa nulidad puede ser declarada incluso judicialmente e invocada por quienes tuvieren interés en hacerlo, con las limitaciones previstas por el art. 1047 del Código Civil[104], hoy art. 387 del Código Civil y Comercial.

2. Por el contrario, si el directorio prolonga la transferencia de las acciones más allá del plazo previsto por el art. 221, ello configura suficiente causal de remoción y generadora de eventuales responsabilidades a los integrantes del órgano de administración y fiscalización en los términos de los arts. 274 a 279 y 296 de la ley 19.550, pero nunca la nulidad de la adquisición original. Del mismo modo, la decisión asamblearia que prolongue el término para la venta de las acciones puede ser impugnada de nulidad, en los términos de los arts. 251 y ss., cuando la demora en la distribución o enajenación de esas acciones resulte contraria al interés social o encubra la consecución de fines extrasocietarios.

Art. 222.—

Acciones en garantía; prohibición. La sociedad no puede recibir sus acciones en garantía.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 220, 221, 248, 256, 271. LSC Uruguay: art. 315.

§ 1. Prohibición a la sociedad de recibir sus acciones en garantía. Fundamento

La disposición legal se correlaciona estrechamente con lo dispuesto por los arts. 220 y 221, y tiende a evitar que la sociedad se convierta en socia de sí misma, lo cual le permitirá especular sobre sus títulos, en perjuicio de la sociedad, sus accionistas, y de los terceros acreedores de la misma.

El art. 222 de la ley 19.550 prohíbe a la sociedad recibir sus acciones en garantía, cualquiera que sea la forma y función de la misma.

La norma encuentra aplicación práctica en diferentes supuestos: préstamos entre la sociedad, sus accionistas (art. 248) y sus directores (art. 271), pero fundamentalmente en el art. 256, párr. 2º, cuando obliga a los directores a prestar la garantía por el desempeño de sus funciones que, obviamente, no puede consistir en acciones de que sean titulares, disposición que tiende a evitar que la actuación del órgano de administración repercuta sobre el valor de las acciones, que representan, en principio, el único bien con que cuenta la sociedad de antemano para hacer efectivos los daños y perjuicios ocasionados por la deficiente actuación de aquellos.

Sin embargo, y pese a que la norma en estudio es invocada frecuentemente para denegar la sustitución de la contracautela ofrecida por el accionista que solicita la intervención judicial o la suspensión provisoria de un acuerdo asambleario, el art. 222 de la ley 19.550 no es aplicable a estos supuestos, pues el fundamento de esta disposición persigue objetivos diferentes, y la eventual realización de la contracautela se traducirá en la venta judicial de las acciones a terceros sin peligro para la sociedad.

Art. 223.—

Amortizaciones de acciones. El estatuto puede autorizar la amortización total o parcial de acciones integradas, con ganancias realizadas y líquidas, con los siguientes recaudos:

1) Resolución previa de la asamblea que fije el justo precio y asegure la igualdad de los accionistas;

2) Cuando se realice por sorteo, se practicará ante la autoridad de control o escribano de registro, se publicará su resultado y se inscribirá en los registros;

3) Si las acciones son amortizadas en parte se asentará en los títulos o en las cuentas de acciones escriturales. Si la amortización es total se anularán, reemplazándose por bonos de goce o inscripciones en cuenta con el mismo efecto. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: 13, 228, 235. Resolución general IGJ 7/2015, art. 105. LSC Uruguay: arts. 311, 312.

§ 1. Amortización de acciones. Concepto

La amortización de acciones surge como otro supuesto de adquisición de las propias acciones por la sociedad, encontrando aplicación en aquellos casos en que sociedades anónimas sean concesionarias de servicios públicos, cuyo activo debe revertir al Estado concedente sin reembolso alguno o cuando aquellas realicen explotaciones de naturaleza extractiva —minas, canteras, yacimientos, etc.— cuya fuente de producción se agota progresivamente(105). En todos estos casos puede resultar conveniente a la sociedad la devolución del capital a los accionistas durante la vida de la sociedad, evitando el reembolso del capital a la totalidad de los mismos en la etapa liquidatoria.

Pero la amortización de acciones debe considerarse como una hipótesis excepcional, y sólo puede realizarse cuando expresamente lo prevea el estatuto, exclusivamente con ganancias realizadas y líquidas, sobre acciones totalmente integradas, pues de lo contrario la sociedad estaría haciendo remisión del saldo de integración, que es uno de los mecanismos para la reducción del capital social, por exceso o abundancia de aquel(106). La exigencia de amortizar sólo las acciones integradas responde asimismo a la necesidad de impulsar a los morosos al pago de lo adeudado y como un medio de impedir el injusto enriquecimiento que obtendría el que pudiese recibir el valor de su acción sin haberla satisfecho.

La amortización de acciones no desvincula necesariamente de la sociedad a los titulares de las mismas, sino que la obliga a otorgar a estos un bono de goce, que confiere el derecho de participar en las ganancias y en el producido de la liquidación (art. 228, LSC), dejando viva una serie de relaciones entre ellos(107).

Esta operación está en completo desuso.

§ 2. Procedimiento de amortización de acciones

La ley 19.550 detalla minuciosamente el procedimiento que debe seguirse para llevar adelante la amortización de acciones:

a) En primer lugar, debe mediar una resolución previa de la asamblea extraordinaria de accionistas (art. 235, inc. 3º), que fije el justo precio de las acciones, y asegure la igualdad de los accionistas.

b) Debe entenderse por justo precio su valor real, y el acuerdo del órgano de gobierno de la sociedad debe atenerse al criterio general señalado al respecto por el art. 13, inc. 5º, de la ley societaria. El accionista titular de acciones amortizadas tiene derecho a solicitar la liquidación de su participación accionaria conforme al patrimonio social, impugnando aquella decisión asamblearia en caso contrario, por la vía del art. 251 de la ley 19.550.

c) La amortización de acciones debe efectuarse con ganancias realizadas y líquidas, razón por la cual la operación es ajena a toda modificación del capital social.

d) En tercer lugar, la amortización de acciones puede hacerse por varios procedimientos, pero en todos los casos debe asegurar la igualdad entre los accionistas. El estatuto puede fijar un sistema de amortización parcial y progresivo, o diferir en un sorteo posterior la forma de adquisición de las acciones que deben ser amortizadas. Para tal supuesto, el art. 223, inc. 2º, establece que el sorteo se realizará ante la autoridad de control o escribano de registro, publicándose su resultado en el Boletín Oficial en los términos del art. 14 de la ley 19.550 e inscribiéndose en los registros correspondientes (art. 213 y 215).

e) Finalmente, la ley 19.550 aclara que la amortización puede ser total o parcial. Si es parcial deberá asentarse en los títulos correspondientes o en las cuentas de las acciones escriturales. Por el contrario, si la amortización es total, dichas acciones se anularán, reemplazándose por bonos de goce o inscripciones en cuenta con el mismo efecto.

§ 3. Otros negocios y procedimientos sobre acciones

3.1. Procedimiento para la cancelación de acciones nominativas

El procedimiento de cancelación en caso de pérdida, sustracción o destrucción de títulos nominativos se encuentra previsto por los arts. 1852 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación, que prevé un régimen general para el caso de deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores y de sus registros, dentro del cual el art. 1869 se refiere a los títulos valores nominativos no endosables, disponiendo que si se trata de título valor nominativo no endosable —carácter que revisten actualmente las acciones de las sociedades anónimas— dándose las condiciones previstas en el art. 1861, el emisor debe extender directamente un nuevo título valor definitivamente a nombre del titular registrado y dejar constancia de los gravámenes existentes, no siendo de aplicación los arts. 1864 y 1865.

De manera que, a los fines de la emisión de los nuevos títulos, la sociedad emisora debe publicar por un día edicto en el Boletín Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación de la República Argentina, con todos los datos requeridos por el art. 1857 del CCyCN, y transcurridos sesenta días de la última publicación, corresponde la entrega de los títulos definitivos a quien aparece como propietario de las acciones en el libro previsto por el art. 213 de la ley 19.550.

3.2. La reivindicación de acciones

Toda acción de reivindicación está fundamentalmente dirigida a recuperar la posesión de la cosa perdida. Ella está definida por el art. 2248 del Código Civil y Comercial como aquella que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión la reclama y la reivindica contra aquel que se encuentra en posesión de ella.

El objeto de la acción reivindicatoria es pues la recuperación de la posesión de cosas muebles o inmuebles, así como la universalidad de hecho (art. 2252) y en materia de reivindicación de acciones, son pocos los fallos que se refieren a la acción prevista por los derogados arts. 2758 y ss. del Código Civil. Guillermo Borda recuerda la jurisprudencia que declaró no reivindicables las cuotas de capital de una sociedad de responsabilidad limitada porque no tienen individualidad corpórea, pero sí las acciones nominativas de una sociedad anónima(108), criterio pretoriano que nos parece cuestionable, pues el hecho de que las cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada no se representen en títulos no le priva que esas cuotas puedan estar perfectamente determinadas, en la medida que la adquisición original o derivada de cuotas sociales debe inscribirse, en todos los casos, en el Registro Público de Comercio.

Quizás el fallo más importante dictado por nuestros tribunales en materia de reivindicación de acciones fue el pronunciado por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en los autos "Baliña Pedro Luis c/ Peña María Isabel Enriqueta y otros s/ sumario", del 27 de mayo de 2005, en donde se hizo primar la solución prevista por el art. 2760 del Código Civil por la presunción establecida por el art. 2412 del mismo ordenamiento civil.

Dada la importancia de ese precedente, considero importante transcribir las conclusiones a las que arribó el referido tribunal de alzada:

1. Si bien es exacto que conforme lo dispuesto por el art. 2412 del Código Civil, la posesión de buena fe de una cosa mueble crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida, dicha norma debe ser vinculada con lo dispuesto por el art. 2760 del mismo cuerpo legal, según la cual son reivindicables los títulos de crédito que no sean al portador, aunque se tengan cedidos o endosados, si tal cesión o endoso fuera sin transferencia de dominio.

2. La regla del art. 2760 del Código Civil es aplicable al caso de tratarse de títulos nominativos no endosables que no fueron cedidos en forma alguna, cuando ellos fueron nominativizados a favor del actor sin que se haya demostrado el acto que justifique o autorice su ulterior nominativización a favor de terceros.

3. Una de las razones por las cuales el poseedor de un título nominativo no endosable no puede repeler cualquier acción de reivindicación radica en que tales títulos no serían exactamente "una cosa mueble" a secas, sin que su transmisión exige bastante más: la comunicación por escrito a la sociedad emisora y la inscripción en el libro pertinente.

4. Si quienes acreditaron la anotación de su nueva titularidad de los certificados accionarios y su inscripción en el libro social, no probaron la causa jurídica de esa novedad ni su comunicación por escrito a la sociedad, ello permite apartarse de la aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 2412 del Código Civil.

Actualmente, las importantes modificaciones efectuadas por el Código Civil y Comercial de la Nación a la acción reivindicatoria, permiten sostener sin hesitación que las acciones nominativas no endosables de sociedades por acciones pueden ser objeto de este tipo de acciones, prevista en los arts. 2252 a 2261 de dicho ordenamiento legal.

3.3. Canje de acciones

El canje de acciones es un procedimiento que debe adoptar la sociedad cuando su órgano de administración o gobierno deciden emitir nuevas títulos accionarios, en reemplazo de los anteriores, las cuales, una vez en poder de la sociedad, deben ser destruidas, a los fines de que no sean negociados con posterioridad.

El procedimiento de canje de acciones ha sido utilizado con frecuencia en nuestro país, ante las marchas y contramarchas que ha dado lugar la nominativización obligatoria de las acciones, cada vez que fue sancionada una normativa legal que derogó las acciones al portador (leyes 20.643, 23.299, 24.587 etc.).

El canje de acciones ha provocado una interesante polémica, en torno a los efectos que sobre las mismas produce la actuación de sus titulares que, por desinterés o desinformación no procedente a canjear sus títulos, conservando los anteriores.

Como hemos ya visto, el incumplimiento del procedimiento de nominativización accionaria previsto por la ley 24.587 impide el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones no regularizadas, por expresa disposición del legislador (art. 7º), pero existen otros supuestos en que la sociedad procede a reemplazar los títulos en circulación para adecuarlos a las nuevas cláusulas estatutarias o ante una decisión asamblearia que ha creado diversas categorías de acciones.

Como por lo general, los accionistas que no se presentan a efectuar el canje de sus títulos son propietarios de un número muy insignificante de acciones, alguna doctrina ha interpretado, a los fines de permitir la celebración de asambleas unánimes y no incurrir en los gastos que supone la convocatoria a asambleas por medio de la publicación de edictos prevista por el art. 237 de la ley 19.550, que la no realización del canje de sus acciones provoca la caducidad de todos sus derechos, criterio que fue rechazado por nuestra jurisprudencia con categóricos e ilevantables argumentos.

Se sostuvo para rechazar esa original manera de pensar, que ni la calidad de socio ni el derecho al reclamo de las acciones tiene plazo para su concreción y del mismo modo el canje de los títulos tampoco lo posee y por ello ninguno de

tales derechos es susceptible de prescribir, pues no existe norma jurídica alguna que declare la caducidad del derecho del accionista que ha omitido canjear sus acciones por los nuevos títulos. Lo contrario importaría una suerte de desapoderamiento, no solo del carácter de socio, sino de su patrimonio(109).

Con tales argumentos, la Inspección General de Justicia, en un antiguo precedente, observó la cláusula estatutaria por la cual se previó la caducidad de los derechos del accionista, fundada en la omisión de concurrir a canjear sus acciones, invocando, entre otros fundamentos, que ello importaría una excepción a los principios que emergen del art. 13 inc. 5º de la ley 19.550, cuya admisión no se aprecia justificada(110).

3.4. El pacto o convenio de sindicación de acciones

3.4.1. Generalidades

Pocos temas vinculados al derecho societario han merecido tanta atención entre la doctrina como el convenio o pacto de sindicación de acciones, y pocos han sido también los temas que han originado tanta controversia, en lo que se refiere, no solo a su licitud, sino también a su verdadera utilidad práctica.

El contrato o pacto de sindicación de acciones ha sido definido por autorizada doctrina como el contrato bilateral o plurilateral, cuyo objeto consiste en la concertación de voluntades para intervenir en el gobierno de la sociedad emisora de las acciones sindicadas, mediante la consolidación de una mayoría estable, la formación de la misma o la defensa organizada de minorías agrupadas(111).

Víctor Zamenfeld, por su parte, lo define como el pacto o acuerdo parasocial que vincula a varios socios de la sociedad, con el objeto de limitar o impedir la transmisión de las acciones o partes sociales de que son titulares y/o combinar los derechos de voto que les corresponde conforme aquello que se decide fuera de la sociedad(112).

Las características del pacto de sindicación de acciones son los siguientes:

1) Es un contrato comercial, innominado, de estructura plurilateral y de organización, pues sus integrantes o "sindicados" se comprometen a prestar una obligación de hacer, que consiste, fundamentalmente, en la predeterminación, en el seno de ese sindicato, del contenido del voto que deberán emitir en la asamblea de accionistas de una sociedad de la cual forman parte(113).

2) No es, el sindicato de accionistas, una sociedad ni tiene personalidad jurídica(114). Lo primero por cuanto carece de objeto empresario y de utilidad lucrativa y tampoco procura la obtención de utilidades apreciables en dinero. Lo segundo por cuanto el legislador silencia su regulación y existencia, y sabido es que solo pueden ser considerados sujetos de derecho las agrupaciones humadas a las cuales el legislador, en forma específica, les otorga tan excepcional privilegio.

Los pactos de sindicación de acciones nacen, por lo general, cuando la sociedad se encuentra en conflicto o frente a la inmediata posibilidad de que ello ocurra. También se hacen presentes cuando se constituye una sociedad con grupos empresarios de diferente composición o finalmente, cuando la ley impone su necesaria formación, como ha sucedido en la República Argentina, con el proceso de privatización de empresas públicas durante la década del 90, donde se obligó a los trabajadores de dichas empresas a participar de las mismas a través del modo propuesto por la ley 23.696, que instituyó al Programa de Propiedad Participada. Sin embargo, y pese a la enorme preocupación de la doctrina por este tema, lo cierto es que la celebración de este tipo de acuerdos no se presenta con habitualidad en nuestra práctica societaria práctica, donde la gran mayoría de sociedades se constituyen sobre la base de la amistad o vínculos familiares entre sus fundadores, que tornan innecesario la redacción de un convenio de tales características, convencidos que la existencia de conflictos internos en el seno de la sociedad constituye una hipótesis impensable, precisamente por el componente personal que caracteriza a dichas compañías.

Doctrinariamente se diferencian los pactos de sindicación de acciones entre aquellos calificados como "de mando" o "de bloqueo", pero estimamos que tal diferencia es meramente académica, pues lo habitual es que todo contrato de este tipo combine ambas características, pues solo mediante el bloqueo, esto es, el compromiso de los integrantes del sindicato de no enajenar sus acciones a persona ajena a ese convenio, se fortalece la unidad y uniformidad de criterios entre ellos.

Son sindicatos de mando aquellos que se forman por lo general entre los accionistas titulares de la mayoría del capital social, a los fines de unificar sus votos en las asambleas de accionistas y evitar que por falta de esa uniformidad, la administración de la compañía se atomice en manos de accionistas con distintos intereses y puntos de vista en torno a la administración de la sociedad. Puede pues afirmarse, al menos como principio general, que mediante los sindicatos de mando se persigue la homogeneidad en la gestión de la sociedad.

Si bien el sindicato de bloqueo tiene por finalidad evitar la transferencia a terceros de las acciones de que los titulares que los sindicados son titulares, lo cierto es que ese bloqueo carece de todo sentido, si no se lo relaciona con otra finalidad, ya sea para prolongar un control interno —en cuyo caso se combinan ambos sindicatos, de mando y de bloqueo— o para fortalecer la posición de determinados accionistas minoritarios, logrando, a través de la modificación de sus voluntades, una representación en el directorio (art. 263 de la ley 19.550), o el ejercicio de determinados derechos a los cuales la ley subordina a la titularidad de cierto porcentaje del capital social (arts. 107, 236, 294, 301 de la ley 19.550).

3.4.2. En torno a la validez o invalidez de los pactos de sindicación de acciones

La validez de los pactos de sindicación de acciones ha dado lugar a intensas discusiones en la doctrina, aunque bien podría afirmarse, a esta altura de la historia, que la cuestión ha sido resuelta a favor de su legalidad, sin perjuicio de

su inoponibilidad con respecto a la sociedad en la cual dicho instrumento está destinado a operar.

Se argumenta, en contra de su licitud, que el pacto de sindicación de acciones afecta la libre voluntad de los socios y por lo tanto el principio de la necesaria deliberación en el seno del órgano de gobierno de la sociedad, deliberación a la cual el legislador le ha otorgado suma importancia, como ingrediente necesario para que aquellos puedan emitir su voto con pleno conocimiento de causa. La previa determinación del sentido del voto, a través de las reuniones del sindicato, con anterioridad a la celebración de las asambleas de accionistas atenta contra ese principio y desvirtúa la importancia que tiene el órgano de gobierno de la sociedad como cuerpo deliberativo(115). Repárese que la ley 19.550 ha acentuado la importancia de la deliberación en las asambleas de accionistas, al exigir la necesidad de que en el acta correspondiente se transcriban las manifestaciones hechas durante la deliberación que precede a la votación de los temas que integran el orden del día (art. 249) y al autorizar a los directores, síndicos y gerentes a emitir su opinión en todos los acuerdos asamblearios (art. 240).

Con otras palabras, el denominado "derecho de voz" que el legislador pone en cabeza de todos los participantes del acto asambleario no puede ser cercenado ni suprimido, pues de lo contrario, el principio mayoritario se convierte, automáticamente, en una suerte de tiranía de las mayorías, las cuales podrían resolver, con total arbitrariedad, lo que les conviene a sus propios intereses, sin necesidad de justificar la razonabilidad o compatibilidad de lo acordado con la ley, el estatuto y fundamentalmente, con el interés de la sociedad.

En contra de esas objeciones, y a favor de la licitud del convenio del sindicación de acciones, se ha sostenido que la libertad que debe gozar el accionista ante la votación de un determinado acto asambleario, no constituye un principio absoluto, en la medida en que aquel puede celebrar determinados negocios jurídicos con sus acciones, delegando temporalmente los derechos que ellas confieren o incluso, sin necesidad de celebrar tales contratos, puede delegar en un tercero la concurrencia a la asamblea de accionistas, de conformidad con lo dispuesto por el art. 239 de la ley 19.550.

La Exposición de Motivos de la ley 19.550, sancionada en el año 1972, ha sido muy clara en cuanto a la voluntad de sus redactores de no incluir en dicho ordenamiento legal normas referidas a la legitimidad de la sindicación de acciones, a pesar del reclamo efectuado por diversas instituciones, argumentando aquellos lo siguiente:

1) No se trata de un pacto, acuerdo o convenio que integre el régimen legal de las sociedades. Es un contrato que, aunque pueda llegar a afectar el funcionamiento de instituciones de la sociedad, es ajeno a ésta, siendo un auténtico acto parasocial que no obliga a la sociedad y que esta podrá impugnar cuando desvirtúe o afecte su funcionamiento.

2) No cabe una norma única, que legitime o fulmine de nulidad o ineficacia cualquier pacto de esta clase: depende de los fines perseguidos con tal contrato,

por lo que la mayoría de la Comisión juzga que son suficientes las normas generales de derecho (art. 935 del Código Civil) o los del régimen de las sociedades que se proyectan. En el caso concreto, y con tales criterios, el juez habrá de resolver el grado de validez que tenga en el supuesto juzgado.

3) La enunciación casuística, además de incompleta, perdería de vista la ilegitimidad del objeto concreto perseguido, que viciará el acto y si la enunciación se supeditara a esta regla, carecería de sentido y seriedad legislativa.

Las discusiones sobre la legitimidad o ilegitimidad del pacto de sindicación de acciones continuaron por más de diez años, hasta que, en el año 1982, se dictó el trascendente fallo dictado por la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el caso "Sánchez Carlos c/ Banco de Avellaneda Sociedad Anónima s/ sumario", del 22 de septiembre de 1982, el cual y al menos como principio general, consagró la legitimidad de los pactos de sindicación de acciones, pudiendo afirmarse que, a partir del dictado de ese precedente, existe una creencia generalizada de que nada se opone en nuestro derecho a la licitud del pacto de sindicación de acciones, cuestión sobre la que mantengo enormes reservas, como oportunamente lo explicaré.

Los principales argumentos expuestos en ese conocido precedente jurisprudencial pueden esquematizarse de la siguiente manera:

a) La consagración de los derechos que no conciernen a cada acción, sino que han sido establecidas en beneficio de minorías, sobre la base de porcentajes necesarios para su ejercicio, resulta indiciaria de la licitud de los pactos de sindicación de acciones, y esa licitud se pone de manifiesto con mayor contundencia frente a la posibilidad de que la ley otorga a los accionistas para que se hagan representar en la asamblea por mandatario, los que, de haber recibido instrucciones sobre el sentido en que deben votar, deberán ceñirse a ellas y por ende, dar ejecución a una voluntad que se ha formado al margen de la deliberación asamblearia.

b) No existe regla imperativa en nuestra disciplina legal que quede vulnerada por la circunstancia de que la voluntad de un accionista se haya determinado al margen de la asamblea, y como argumento corroborante cabe recordar que en las sociedades cooperativas —art. 118 de la ley 20.337— la asamblea puede estar integrada por delegados, cuyos votos vincularán la voluntad de sus electores, sin que tengan oportunidad de participar en las deliberaciones, lo cual demuestra que la esencialidad de la asamblea no lleva necesariamente aparejada la participación en las deliberaciones.

c) En esa misma posición ha sido también resuelto que la licitud de los pactos de sindicación de acciones fluye de la inexistencia de una prohibición legal[116], argumento sumamente endeble, pues no es necesario una norma expresa que establezca una prohibición, para que el acto jurídico de que se trate carezca de toda validez, si de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico se desprende su colisión con la institución dentro del cual se inserta el acto cuya validez o invalidez se juzga.

En una posición más intermedia puede ser ubicada la doctrina emanada del fallo "NL Sociedad Anónima c/ Bull Argentina Sociedad Anónima y otro s/ sumario", dictado por la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, dictado en fecha 23 de junio de 1995, que en lo fundamental adhirió al fallo de primera instancia, el cual si bien admitió como principio la validez de los pactos de sindicación de acciones, subordinó su legitimidad a la existencia de un objeto preciso y determinado, siendo procedente su declaración de invalidez cuando el pacto ha sido previsto para una generalidad de situaciones o universalidad de asambleas, configurándose un objeto tan difuso que su anulación constituye el remedio adecuado para evitar que ese pacto pueda regir no para una asamblea en particular, sino para todas y cada una de las reuniones de socios que se celebren en la sociedad en la cual dicho instrumento va a gravitar.

Por mi parte, estimo que los acuerdos, pactos o contratos de sindicación de acciones carecen de apoyatura legal, pues a diferencia de lo resuelto en el caso "Sánchez Carlos c/ Banco de Avellaneda SA", entiendo que no constituye una adecuada manera de interpretar el derecho vigente tomar en cuenta las excepciones que la ley prevé con respecto a un determinado principio general, para derivar de ello que tal principio no sirve absolutamente para nada y lo que es, peor, que ha sido tácitamente derogado. Por ello, en el caso en análisis, la posibilidad que el legislador otorga al accionista para ceder su derecho de deliberación y voto, como consecuencia de la celebración de determinados actos jurídicos, de manera alguna constituye —a mi juicio— argumento suficiente para enervar, limitar o suprimir la importancia del principio deliberativo, que es propio de los órganos colegiados de los entes societarios.

La posibilidad que goza el accionista de hacerse representar en una asamblea no se funda en la falta de importancia del principio deliberativo o de su derecho de voz, sino en la necesidad de alentar la concurrencia a los actos asamblearios y evitar que la sociedad pueda quedar afectada en su funcionamiento por la ausencia de sus accionistas o socios al órgano de gobierno de la sociedad. La mejor prueba de ello es que la autorización prevista por el art. 239 de la ley 19.550 se extingue con la celebración de la asamblea, siendo evidente que la intención del legislador es que quien debe intervenir en el acto asambleario es el propio accionista y que éste debe formar su voluntad en el seno de la asamblea de accionistas o reuniones de socios.

En cuanto a la circunstancia de que la ley 20.337 de cooperativas autoriza la celebración de asambleas por delegados, al igual de lo que sucede con las federaciones o confederaciones en materia de asociaciones civiles, en manera alguna autoriza a relativizar la importancia del derecho de voz o de suprimir la faz deliberativa en el órgano de la sociedad, cualquiera fuere su tipo, pues se trata de contratos asociativos de diferente causa, en donde prima la solidaridad y no el fin de lucro que caracteriza la participación de los integrantes de una sociedad comercial.

Parece conclusión evidente sostener que no parece adecuado a la intención de los redactores de la ley 19.550, quienes, oportuno es recordarlo, no contemplaron esta figura dentro del ordenamiento societario, sostener por un

lado la importancia de ciertos derechos inderogables de los socios (entre los que se incluye el derecho de voz) y la necesidad de que la sociedad adecue su actuación interna a los parámetros legales y estatutarios (art. 251 de la ley 19.550) —para lo cual aquellos legisladores fueron muy puntillosos en lo concerniente al funcionamiento de la sociedad—, para luego de seguido sostener que esos principios basilares del derecho societario pueden ser dejados de lado mediante la suscripción de un contrato entre algunos o varios de sus socios o accionistas, en el cual la propia sociedad, esto es, la afectada directamente por los efectos de ese pacto, es un tercero totalmente ajeno a dicha operación.

Como acertadamente lo sostiene Enrique Butty[117], no se defiende rectamente la validez de los pactos de sindicación de acciones, negando la carga de cumplir con las obligaciones sociales, y en consecuencia, no será menoscabando la importancia del derecho de voto o el principio deliberativo, como se bonifica la legitimidad de estos convenios.

En resumen, y salvo algunas opiniones aisladas, que no concuerdan con la licitud del pacto de sindicación de acciones, entre quienes me enrolo, puede afirmarse que, hoy por hoy, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional se orienta en el sentido de reconocer la validez de estos convenios, superando los escollos legales que exhibe esta figura mediante la figura de la inoponibilidad de los mismos a la sociedad, solución compatible con lo dispuesto por el art. 1021 del Código Civil y Comercial (antes art. 1195 del Código Civil), conforme a la cual los pactos de sindicación de acciones nunca pueden ser opuestos a la sociedad, que es una tercera ajena a dicho pacto, el cual le es totalmente inoponible[118].

De manera pues que, de conformidad al estado actual de la doctrina y jurisprudencia, deben diferenciarse dos planos perfectamente definidos en lo que respecta a los efectos del pacto de sindicación de acciones: a) Un primer enfoque, de naturaleza societaria, que impide a quienes firmaron el referido instrumento y forman parte del sindicato, invocar sus cláusulas en el seno de la sociedad, al momento de ejercer sus derechos o participar en actos societarios y b) Un segundo aspecto de la cuestión, que se escinde del derecho societario y que sienta sus reales exclusivamente en el derecho contractual, para el cual los integrantes del sindicato deben cumplir con todas las obligaciones y responsabilidades emergentes del convenio de sindicación de acciones, aun cuando ello supone no actuar en beneficio del interés social.

La cuestión sin embargo, no deja de ser dudosa en derecho, pues como la única manera de asegurarse que los socios o accionistas sindicados cumplan con lo acordado en el sindicato o lo previsto en el respectivo convenio, consiste en establecer una fuerte multa en dineraria en caso de incumplimiento, corresponde preguntarse entonces si la desobediencia del representante del sindicado, cuando aquel hubiera sido designado para concurrir a un acto asambleario, o hubiera concurrido personalmente al mismo, puede repeler las acciones tendientes al cobro de esa multa, invocando que ha emitido su voto a favor del interés social.

Supongamos que los accionistas sindicados han resuelto, conforme las mayorías pactadas en el convenio de sindicación de acciones, votar en la asamblea ordinaria a favor de la distribución total de las ganancias obtenidas por la sociedad durante un determinado ejercicio, pero luego, en el seno mismo del acto colegiado, el directorio explica la necesidad de reservar parte de ellas para afrontar compromisos ineludibles, de próximo vencimiento. ¿Puede serle exigido al accionista sindicado que ha votado a favor de esta última propuesta la multa estipulada en el pacto, para el caso de incumplimiento?

Para responder a esta cuestión, debe a su vez formularse un nuevo interrogante: ¿Puede aceptarse la validez de un pacto de sindicación de acciones cuando este se halla encaminado a la consecución de finalidades en pugna con la causa o el objeto de la sociedad, o destinado a favorecer a los accionistas sindicados o a terceros, en detrimento de los demás socios? Parece obvio concluir que un pacto de sindicación de acciones que persiga tal finalidad no puede ser admitido y que debe declararse judicialmente su ilicitud, y así lo ha reconocido la jurisprudencia nacional(119), con lo cual debe concluirse que los pactos de sindicación de acciones solo pueden generar efectos entre sus partícipes, siempre y cuando su finalidad no lesione al interés social, con lo cual cualquier reclamación que pretenda efectuarse a un sindicado catalogado por los restantes integrantes del convenio como desleal a los términos del pacto, corre el riesgo de convertirse en letra muerta, habida cuenta la dificultad de precisar los alcances del concepto de interés social y el tiempo que insumiría un litigio de tal naturaleza, cuando la defensa del accionista demandado se fundamenta en haber actuado a favor de dicho interés, actuación que, por otro lado, nadie podría reprochar pues es obvio concluir que tal es el comportamiento que se espera de todo integrante de una sociedad comercial.

Partiendo de tales razonamientos, no parece admisible que los restantes sindicados puedan exigir del incumpliente las penalidades establecidas en el pacto, pues de lo contrario se premiaría a quienes actuaron en "perjuicio de terceros", pues no otra cosa implica emitir su voto en contra del interés social. Siguiendo una vez más las enseñanzas de Enrique Butty, si un concreto pacto sindical implicara instrucciones de voto contrarias al interés de la sociedad, nada impediría al sindicado incumplirlas, emitiendo rectamente su voto(120).

La mejor prueba de las dificultades que ofrece en la práctica el funcionamiento del pacto de sindicación de acciones lo constituye la escasísima jurisprudencia que existe en la materia, siendo realmente muy pocos los precedentes que ilustran sobre el dictado de medidas cautelares tendientes a evitar la violación del mismo, y cuando ello ha acontecido, se trataba de cuestiones vinculadas a la violación de la cláusula de prohibición de la transferencia de las acciones que eran de titularidad de un accionista sindicado(121), siendo denegadas, por el contrario, aquellas medidas cautelares que tendían a interferir, de alguna manera, en el funcionamiento de la sociedad(122).

Lo expuesto es la mejor prueba, que más allá de las voces que se escuchan en defensa de la legalidad de estos convenios, su eficacia aparece sumamente restringida, en especial cuando se trata de obligaciones impuestas a los socios

o accionistas sindicados que, de una manera u otra tiendan a limitar su libertad de actuación en el seno de la sociedad.

3.4.3. Vigencia del pacto de sindicación de acciones

La doctrina, tanto nacional como extranjera, coincide en la necesidad de otorgar al pacto de sindicación de acciones una duración determinada, conciliando de esta manera las restricciones a los derechos de socio que tal convenio supone, con la necesidad de alentar la participación del socio sindicato en los actos societarios.

La omisión de toda referencia por la ley 19.550 al pacto de sindicación de acciones alienta todo tipo de remisiones, a los fines de justificar la necesaria vigencia temporal de aquel. Julio Otaegui, por ejemplo, aplicaba analógicamente al pacto de sindicación de acciones la solución dispuesta por el art. 2715 del Código Civil, que admite, para el condominio, una indivisión forzosa que no exceda de cinco años. Por su parte, Víctor Zamenfeld recuerda que la Model Bussines Corporation, elaborada por la American Bar Association, fijó un plazo máximo de diez años de un "voting trust", plazo que dicho autor considera elevado, proponiendo un plazo máximo de cinco años, sin posibilidad de prórroga automática y con declaración de nulidad de las cláusulas que superen ese plazo o que impongan sanciones a quienes se opongan a la prórroga.¿Más allá de no coincidir estrictamente con la tesis que predica que la adhesión al sindicato de accionistas implica una cesión del derecho de voto, sino más bien la subordinación de los intereses individuales del accionista en beneficio del grupo que integra por propia voluntad, lo verdaderamente trascendente de la cuestión radica en evitar que la participación en un sindicato implique una delegación indefinida de ciertos y determinados derechos inderogables propios de todo socio o accionista, derechos cuyo ejercicio, huelga recordarlo, nuestro ordenamiento legal ha sido muy cuidadoso en proteger.

Si bien la omisión de toda referencia al pacto de sindicación de acciones por parte de la ley 19.550 impide sentar conclusiones definitivas sobre la cuestión, parece indudable la procedencia de la declaración nulidad del pacto de sindicación de acciones que no contenga plazo de duración, o cuya vigencia se prolongue por toda la vida de la sociedad. Debe recordarse al respecto que el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales, elaborado por los Dres. Jaime Anaya, Raúl Aníbal Etcheverry y Salvador Darío Bergel, y que conoció estado público en el año 2004, proponía una modificación del actual art. 35 de la ley 19.550, incorporando concretas soluciones a las "convenciones parasociales", las cuales no podían tener una duración superior a cinco años, entendiéndose estipuladas por tal duración si las partes previeron un término mayor, estipulando asimismo que cuando dichas convenciones fueran celebradas por tiempo indeterminado, cada contrayente tiene derecho a receder de ellas con un preaviso de seis meses.

3.4.4. Virtualidad del fallecimiento de un integrante del convenio de sindicación de acciones

Estrechamente ligado con lo expuesto en los párrafos anteriores, se encuentra la cuestión vinculada a los efectos de la muerte de un socio o accionista y su trascendencia sobre el pacto de sindicación de acciones, pues para quienes defienden su legalidad, dicha contingencia no ofrece la menor dificultad, encontrándose los herederos en la obligación de incorporarse al mismo, sin la menor oposición o reserva. Por el contrario, quienes exhibimos un criterio restrictivo en torno a la validez del mismo, sostenemos que necesariamente la muerte de un socio o accionista sindicado extingue la relación contractual habida con los demás sindicados, y en una posición intermedia se encuentran quienes predican la inexistencia de obstáculo legal para que el contrato parasocial contemple un pacto post mortem con los herederos del socio, como lo admite la ley 19.550 cuando se refiere a la resolución parcial del contrato de sociedad, aunque esa solución no podría imponerse a los herederos(123).

Entiendo razonable la posición que sostiene que la muerte del socio o accionista sindicado provoca la resolución parcial del vínculo que ligaba a éste con el sindicato de accionistas y varias son las razones que fundamentan esta posición:

a) En primer lugar, el vínculo que liga al accionista con el sindicato no es igual al vínculo que existe entre aquel y la sociedad. En el primer caso, dicha relación es mucho más personal, a punto tal que jurisprudencialmente ha sido calificado el derecho de integrar un sindicado como "inherente a la persona" o "intuitu personae", entendidos como tales aquellos derechos que únicamente en cabeza del titular al cual se atribuyen, satisfacen el fin tenido en vista al instituirlo, por lo que es consecuencia de ello su intransmisibilidad mortis causa(124);

b) En segundo lugar, la participación en un pacto de sindicación de acciones no constituye derecho que se transmita con las acciones, como lo son los derechos políticos y patrimoniales que integran el carácter de accionista y

Nada obsta a la aplicación del instituto de la resolución parcial del contrato de sociedad a la figura en análisis, la cual es una característica propia de los contratos asociativos, y aunque, como hemos dicho, el pacto de sindicación de acciones no configura una sociedad mercantil, aparece claro que coloca a los firmantes del mismo en la situación de partícipes de una empresa común, como ha sido dicho por la jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles(125).

c) De manera tal que, admitiendo la operatividad de las normas propias del instituto de la resolución parcial, que se encuentran incluidas en los arts. 90 a 93 de la ley 19.550, no parece adecuado, a nuestro juicio, y como principio general, sostener que la muerte de uno de los sindicados pueda implicar la extinción del pacto, continuando el mismo con los demás integrantes del sindicato, sin posibilidad alguna de proyectar sus efectos a los herederos de aquel, salvo adhesión expresa de los mismos, habida cuenta el carácter de terceros que los mismos revisten y la inadmisibilidad de considerar a ellos como "continuadores" de la persona del causante.

Art. 224.—

Distribución de dividendo. Pago de interés. La distribución de dividendo o el pago de interés a los accionistas son lícitos sólo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado.

Dividendos anticipados. Está prohibido distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales o resultantes de balances especiales, excepto en las sociedades comprendidas en el art. 299.

En todos estos casos los directores, los miembros del consejo de vigilancia y síndicos son responsables ilimitada y solidariamente por tales pagos y distribuciones.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 68, 225, 234, 299. Resolución general IGJ 7/2015, arts. 79 y 316. LSC Uruguay: arts. 98 a 100, 320.

§ 1. Los dividendos

Con algunas variantes, el art. 224 de la ley 19.550 reproduce la norma general que en materia de dividendos consagra el art. 68, aun cuando la disposición en análisis se circunscribe exclusivamente a la distribución de los mismos.

Me he referido al tema de los dividendos al analizar el art. 68, a cuya lectura me remito, pero es necesario recordar que el derecho al dividendo es quizá, de los llamados derechos esenciales de los accionistas, el de mayor relevancia, pues constituye el móvil determinante del ingreso de aquellos a la sociedad.

La proporción de utilidades que han de recibir los accionistas está en relación con las acciones de que son titulares, y su distribución es decidida por la asamblea ordinaria, en los términos del art. 234, inc. 1º, de la ley en análisis. El directorio debe proponer en la memoria la forma de distribución de las ganancias, detallando las causas que motivan la distribución de utilidades en otra forma que en efectivo (art. 66 de la ley 19.550).

Las utilidades distribuibles deben surgir de un balance legalmente confeccionado y aprobado por la asamblea de accionistas. El art. 224 ratifica esa exigencia ya prescripta en forma general en el art. 68, prohibiendo en consecuencia la distribución de dividendos ficticios, que son aquellos que no corresponden a

ganancias obtenidas por la sociedad durante todo el ejercicio económico, o sea que son producto de determinadas operaciones, cuyos beneficios se distribuyen entre los accionistas antes de la realización de los estados contables, en contravención a lo dispuesto por los artículos mencionados.

Pero establecida la distribución de utilidades, el accionista tiene derecho a reclamarlos como si fuera un crédito de terceros contra la sociedad, con los accesorios correspondientes, una vez constituida en mora la sociedad, si el acuerdo asambleario que aprobara los mismos no hubiera establecido fecha determinada de pago. Es más: si el pago se realizara en cuotas, debe reconocerse un interés a los accionistas, pues se trata de evitar un enriquecimiento injustificado de la sociedad a costa de aquellos, toda vez que las utilidades son consecuencia de ganancias ya obtenidas por aquella.

El art. 224 de la ley 19.550, a diferencia del art. 68, se refiere no sólo a la distribución de utilidades, sino también al pago de intereses, cuya distribución prohíbe si no se ajusta las pautas allí señaladas.

Cuando la ley 19.550 se refiere a los intereses, no lo hace en relación con los llamados intereses intercalarios, que no son fruto del capital, sino parte del mismo, y que son admitidos por algunas legislaciones fundadas en razones de equidad, para aquellas sociedades anónimas que requieren el transcurso de un tiempo considerable entre su constitución y la iniciación efectiva del negocio. Al hablar de interés, el art. 224 hace referencia a un dividendo fijo convenido para cierta clase de acciones, pues lo contrario implicará violar lo dispuesto por el art. 13, incs. 1º y 2º de la ley 19.550, toda vez que el pago de intereses intercalarios disminuye el capital social en perjuicio de los socios y terceros[126].

§ 2. Dividendos anticipados o provisionales

Como regla general, el art. 224, párr. 2º de la ley 19.550 prohíbe distribuir intereses o dividendos anticipados, o resultantes de balances especiales, excepto en las sociedades comprendidas en el art. 299, lo cual confirma que, en principio, la distribución de utilidades sólo es lícita si resulta de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado.

La fiscalización estatal permanente, a la que están sometidas las sociedades comprendidas en el art. 299, justifica que para estas se admite la distribución de dividendos anticipados o provisionales, o resultantes de balances especiales, pero en todos los casos los directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos, son responsables en forma solidaria e ilimitada por tales pagos y retribuciones.

El art. 224 de la ley 19.550 impone las siguientes aclaraciones:

a) La ley usa indistintamente los términos provisionales y anticipados, que son aquellos que se distribuyen a los accionistas con cargo a beneficios obtenidos por la sociedad durante un lapso que no completa un ejercicio, y cuya consolidación queda condicionada a que aquel se cierre con utilidades líquidas y realizadas que permitan su pago(127).

b) Sin embargo, la distribución de dividendos provisorios o anticipados, para las sociedades comprendidas en el art. 299 no supone como requisito previo la confección de un balance especial, sino que aquella puede ser decidida por el directorio, con el control del consejo de vigilancia o de la sindicatura. Por esta razón es que el legislador, en el último párrafo del art. 224, responsabiliza a estos en forma ilimitada y solidaria por tales pagos y distribuciones.

c) La asamblea no puede revocar el dividendo provisorio distribuido por la sociedad en el curso del ejercicio, si el balance anual exterioriza la existencia de un beneficio suficiente para considerar la distribución como válida, pues no cumplida la condición resolutoria —inexistencia de ganancias— el derecho subordinado a ella queda irrevocablemente adquirido(128).

§ 3. Necesidad de extender la distribución de dividendos provisionales en las sociedades no comprendidas en el art. 299. Proyectos de reformas a la ley 19.550

En cuanto a las sociedades no comprendidas en el art. 299 de la ley 19.550, la prohibición que pesa para ellas de distribuir dividendos provisionales o anticipados, ha sido superada en los hechos a través de otros mecanismos, pues la realidad ha demostrado la insuficiencia de los dividendos anuales para retribuir la inversión de los socios o accionistas.

Resulta frecuente pues advertir en los estados contables de las sociedades, cualquiera fuere el tipo social adoptado, el retiro por los socios de determinadas sumas durante el curso de cada ejercicio, que se imputan contablemente en una cuenta personal de cada uno de ellos, que son compensadas cuando la sociedad decide anualmente, luego de aprobar sus estados contables de ejercicio, pagar un cierto dividendo entre los accionistas.

Esa manera de proceder se encuentra obviamente en colisión con lo dispuesto por los arts. 68 y 224 de la ley 19.550, pues el fundamento de las normas allí consagradas radican en la protección de la intangibilidad del capital social, al permitir sólo la distribución de dividendos, subordinada a la existencia de ganancias líquidas y realizadas, resultantes del balance del ejercicio, que debe estar además aprobado por los socios. El retiro por estos de determinadas

sumas durante el ejercicio, sin el cumplimiento de tales recaudos, implica una simple y llana violación de lo dispuesto por el legislador en tales normas e impuestas en evidente protección de los terceros acreedores de la sociedad.

Pero la existencia de la prohibición legal no ha desalentado esa costumbre, y por ello se ha predicado reiteradamente la necesidad de que la ley 19.550 deba ser reformada para admitir la posibilidad de los accionistas de retirar dividendos anticipados o provisorios para cualquier clase de sociedad.

El proyecto de reformas a la Ley de Sociedades Comerciales, elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia mediante la res. 465/1991, pretendió incorporar a nuestro ordenamiento societario la figura de la "sociedad anónima simplificada" (SAS), para las cuales modificó todo el sistema estructurado por la ley 19.550 para la distribución de dividendos, considerando como tales a "toda distribución en dinero o especie, se realice o no con utilidades", autorizando el pago de los mismos con la sola resolución del directorio y sin la confección de balances especiales o de comprobación. Es más, el proyecto autorizaba la entrega de bienes entre los accionistas, con la única salvedad de que con esa distribución no se provoque la insolvencia de la sociedad.

Estas novedosas soluciones, que han sido tomadas de un informe (RAPORT) presentado por la Comisión para la Reforma y Reformulación de la Ley de Compañías de Nueva Zelandia, que data de 1989, si bien están inspiradas en un criterio de realidad práctica, son ajenas a nuestra idiosincrasia e incompatibles con nuestro sistema societario. No creemos que la confección de balances especiales de los cuales surja la existencia de ganancias, pueda ser calificada, como lo hacen los autores del aludido proyecto, como un "costo parasitario", pues ello significa olvidar que los requisitos previstos actualmente por la ley 19.550 para la distribución de dividendos tienden a la protección del capital social, como suficiente garantía de terceros.

El sistema de retiro de fondos sociales por los accionistas y directores de la sociedad es un fenómeno que no puede evitarse en las sociedades cerradas o de familia, constituidas por un mínimo grupo de accionistas, que por lo general, revisten en carácter de administradores. Por ello, pretender evitarlos mediante prohibiciones legales constituye una simple ilusión. Pero de allí a alentarlos, suprimiendo los requisitos legales impuestos para autorizar su legalidad hay una enorme distancia, que no parecen haberla advertido los autores de ese inadmisible proyecto, que se deslumbraron con soluciones foráneas, que ni siquiera han tenido fuerza de ley en el país de donde provienen.

Considero que la única alternativa posible consiste en extender la aplicación del art. 225 de la ley 19.550, a todas las sociedades comerciales. Con toda seguridad que ello no impedirá que los directores echen mano diaria o semanalmente a la caja de la sociedad, pero la sanción, en todo caso, es exactamente la prevista actualmente por la ley 19.550, esto es, la responsabilidad solidaria e ilimitada de los directores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, y la posibilidad de repetir las sumas retiradas por quien hubiere incurrido en tal conducta, sin perjuicio de otras sanciones (remoción,

exclusión de socios, etc.) que pudieran corresponder, según el tipo social adoptado.

Art. 225.—

Repetición dividendos. No son repetibles los dividendos percibidos de buena fe.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 224. LSC Uruguay: arts. 98 a 100, 320.

§ 1. Repetición de dividendos

Lo dispuesto por el art. 225 de la ley 19.550 encuentra fundamento en la circunstancia de que no puede adjudicarse responsabilidad alguna a los accionistas ajenos al órgano de administración, que han percibido dividendos de buena fe, es decir, ignorantes de los vicios que afectan los estados contables de los cuales aquellos resultan.

En consecuencia, el accionista de buena fe adquiere irrevocablemente el dividendo mal distribuido, más ello no implica que la sociedad deba soportar los perjuicios correspondientes, pues es aplicable la responsabilidad solidaria e ilimitada que el último párrafo del art. 224 consagra contra los directores, consejeros de vigilancia y síndicos.

El art. 225 de la ley 19.550, no es aplicable sin embargo a los dividendos provisionales o anticipados, en la medida que los accionistas que los perciban, toman conocimiento por el solo hecho de su percepción, de que su efectivización está subordinada al beneficio que arrojó el balance de ejercicio, que permita obviamente absorber el dividendo pagado a cuenta, y que la asamblea así lo resuelva[129].

§ 2. Pago de dividendos en especie

Dicha posibilidad parecería autorizada por lo dispuesto en el art. 66, inc. 4º, de la ley 19.550, cuando prescribe como de obligatoria inclusión en la memoria de los estados contables del ejercicio, "las causas, detalladamente expuestas, por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo".

Sin embargo, creemos que dicha norma está exclusivamente referida a la posibilidad de abonar dividendos en acciones, atento la indudable conexidad de dicha previsión con lo dispuesto por el inc. 3º de esa norma, que suponen, en ambos casos, una excepción al principio general de la distribución de ganancias líquidas y realizadas a los accionistas. A mayor abundamiento, la referencia efectuada por el inc. 4º del art. 66, a la "distribución de ganancias", que el legislador la diferencia del "pago de dividendos", justifica la conclusión expuesta.

La posibilidad de abonar dividendos en especie, encuentra un insalvable obstáculo legal en lo dispuesto por los arts. 68 y 224 de la ley 19.550, en tanto subordinan el pago de dividendos a la existencia de ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y aprobado por el órgano social competente.

La fórmula empleada por el legislador en los arts. 68 y 224 fue ya utilizada por el viejo art. 364 del Código de Comercio, al cual la ley 19.550 reemplazó los "beneficios irrevocablemente realizados y líquidos" por "ganancias realizadas y líquidas", habida cuenta de las críticas efectuadas por la doctrina al concepto de la irrevocabilidad.

Como bien lo advertía Zavala Rodríguez al comentar aquella norma[130], la fórmula "beneficios irrevocablemente realizados y líquidos" hacía referencia a los beneficios realmente obtenidos por la sociedad, por cuanto solo existiendo beneficios pueden repartirse ganancias o dividendos entre los accionistas. Ello presupone necesariamente la formación y aprobación de un balance, como lo requiere la ley 19.550, sin el cual no podría conocerse si tales beneficios existen, así como cuantía.

Sussini[131], comentando la norma del art. 364 del Código de Comercio, pasaba revista a la jurisprudencia francesa sobre los requisitos exigidos por aquella para tornar distribuibles los dividendos, exigiendo al respecto: 1) los beneficios deben provenir de operaciones concluidas al día del cierre de ejercicio; 2) las operaciones concluidas deben traducirse en un aumento del capital en giro; 3) el aumento del capital en giro puede consistir en dinero en efectivo o en valores de recobro a corto plazo y cierto, equivalentes a dinero efectivo o bien en créditos de cobro inmediato, no susceptibles de discusión.

La doctrina elaborada en torno a la ley 19.550 ha sido muy escasa sobre el particular, mereciendo citarse las conclusiones elaboradas por Sasot Betes y Sasot[132], quienes sostienen:

a) El concepto de utilidad realizada lleva implícito el principio de la irrevocabilidad, pues si la utilidad estuviera sujeta a una condición, o fuera

revocable por decisión de terceros o por hechos ajenos a la sociedad, dejaría de ser una "utilidad realizada" para quedar dentro de los derechos en expectativa.

b) Ganancia líquida es aquella que la sociedad ha materializado su entrada en su caja de utilidad resultante del balance o que, sin haber entrado, es lo suficientemente realizable a corto plazo y suficientemente segura por la solvencia del crédito, como para no significar una aventura comercial.

En definitiva, el concepto de "ganancias realizadas y líquidas" como requisito de legalidad para la distribución de dividendos, conforme lo requieren los arts. 68 y 224 de la ley 19.550, descartan toda posibilidad de distribuir dividendos mediante la entrega de bienes de la sociedad, pues, como sintetiza Zaldívar[133], los beneficios distribuibles, a tenor de lo dispuesto por aquellas normas, serán aquellos ciertos, provenientes de operaciones consumadas, percibidas o de percepción próxima y que pueden juzgarse equivalente a dinero efectivo en caja.

A mayor abundamiento, cabría preguntarse: ¿cómo podría imponerse a un accionista la voluntad mayoritaria de cobrar dividendos en especie, cuando aquel se encuentra en desacuerdo y pretende cobrar los mimos en efectivo? Si eliminamos como requisito previo a la distribución de utilidades la liquidez de las ganancias, obligaríamos al accionista a recibir bienes que deberá realizar a los efectos de lograr su propósito de lucro, con lo cual se desnaturalizaría el requisito esencial previsto por el art. 1º, in fine, de la ley 19.550.

§ 3. El derecho al dividendo del accionista y su necesario equilibro con el derecho de la sociedad de autofinanciarse con las ganancias del ejercicio

Como hemos afirmado, y si bien desde el punto de vista patrimonial el derecho del accionista a la distribución de ganancias es el más importante de los derechos del socio y el único que figura en la definición de sociedad comercial dada por el art. 1º de la ley 19.550, el mismo no absoluto, sino que se halla atemperado por el legítimo derecho que le cabe también conferirle a la sociedad de autofinanciarse con el producto de las utilidades para mejorar su situación económica y financieras, o realizar nuevos emprendimientos, siempre que no se trata de un abuso de la mayoría y que no exceda de lo estrictamente razonable[134].

La ley prevé como mecanismo de autofinanciación la constitución de reservas libres o facultativas, que se constituyen con las ganancias del ejercicio, pero cuya formación requiere el estricto cumplimiento de las siguientes formalidades: 1) Inclusión en la memoria de los estados contables la recomendación del directorio para su formación, debidamente explicada y justificada en concretas necesidades de la empresa (art. 66 inc. 3º); 2) Decisión de asamblea ordinaria o

extraordinaria en casos excepcionales (art. 70) y 3) Que las mismas respondan a un criterio de prudente y razonable administración.

Si bien el tema ya fue tratado al analizar los arts. 68 y 70, al cual cabe remitir, en homenaje a la brevedad, debe recordarse que la jurisprudencia no fue tolerante con las decisiones asamblearias que en forma permanente menoscaban el derecho de los accionistas a la percepción de sus dividendos en efectivo, mediante el artificio contable de crear falsas reservas o simplemente "trasladar" las ganancias al nuevo ejercicio, sin asignación de las ganancias retenidas a un fin determinado y en tal sentido, la resolución dictada por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, el día 23 de diciembre de 1979, en el caso "Mihura Luis c/ Mandataria Rural Sociedad Anónima s/ sumario" constituye aún un clásico de referencia insoslayable cuando el grupo de control de una sociedad anónima, que obtiene sus beneficios por la vía de suculentas remuneraciones asignadas a los miembros del directorio, retacea el derecho al dividendo de los accionistas ajenos a ese grupo, aprobando insustanciales reservas libres o trasladando las ganancias, en forma total o parcial, a una supuesta "cuenta nueva" de los estados contables, sin brindar la menos explicación en torno a la razonabilidad de dicha decisión asamblearia.

Sin perjuicio de la ejemplar doctrina sentada en el caso "Mihura", al que ya nos hemos referido, la maniobra descripta en el párrafo anterior persistió en el tiempo sin solución de continuidad, pues en lugar de trasladarse las ganancias del ejercicio —total o parcialmente— a una "cuenta nueva" de los subsiguientes estados contables, como se venía haciendo, ellas pasaron a engrosar una cuenta del patrimonio neto denominada contablemente como "resultados no asignados", que se convirtió, merced a los cultores de la "contabilidad creativa", en una especie de sumidero donde se acumulaban las ganancias o las pérdidas del ejercicio: en el primer caso para no pagar dividendos a los accionistas ajenos al grupo de control y en el segundo caso, para eventualmente disimular una obligatoria reducción del capital social o directamente evitar la comprobación de haber incurrido en la causal disolutoria de pérdida del capital social, prevista por el art. 94 inc. 5º de la ley 19.550. Todo ello resultaba perjudicial para el accionista minoritario, a quien la sociedad no le abonaba los dividendos que le correspondía, sin que los órganos de administración y gobierno ni siquiera se preocuparan en dejar aclarado para que fines y con qué objetivo no acumulaban las ganancias obtenidas por la sociedad sin distribuirlas entre los accionistas, lo cual es su destino específico y natural.

La Inspección General de Justicia, para terminar con ese estado de cosas, dictó la resolución general 25/2004, en el cual requirió para el traslado de las ganancias a la cuenta de resultados no asignados del patrimonio neto, que la sociedad debe cumplir con los mismos e idénticos requisitos que la ley 19.550 establece para la constitución de reservas libres o facultativas, solución que fue plasmada en el art. 316 de la resolución general IGJ 7/2015, en el cual se prescribe que las asambleas de accionistas que deban considerar estados contables de cuyo estado de resultados y resultados acumulados resulten saldos negativos de magnitud que impongan la aplicación, según corresponda, de los arts. 94, inc. 5º, 96 o 106 de la ley 19.550, o bien, en sentido contrario, saldos positivos susceptibles de tratamiento conforme los arts. 68, 70 párrafo tercero,

189 o 224, primer párrafo de la misma ley, deberán adoptar resolución expresa en los términos de las normas citadas, a cuyo fin —las sociedades por acciones— deberán ser convocadas para realizarse, en su caso, en el doble carácter de ordinarias y extraordinarias y prever especialmente en su orden del día tratamiento de tales cuestiones. La adopción de resoluciones sociales así adoptadas son obligatorias, cualesquiera sean las denominaciones o calificaciones con que los saldos allí contemplados aparezcan en los estados contables de las sociedades, de acuerdo con las prácticas contables y/o a las normas técnicas emitidas, admitidas o aprobadas por entidades profesionales. Este criterio fue ratificado por la Cámara Civil y Comercial de la Ciudad de Mar del Plata, de fecha octubre 16 de 2008, en autos "Barcio Salvador R. c/ Hotel Las Rocas SA s/ sociedades. Incidente de apelación del art. 250 del Código Procesal", se resolvió lo siguiente:

1. La única manera de diferir la distribución de ganancias entre los socios, conforme a los claros parámetros de la ley 19.550, lo constituye la constitución de reservas libres o facultativas, cuyos requisitos de constitución vienen impuestos de manera imperativa por los arts. 66 inc. 3º y 70 de la ley 19.550, de lo que se sigue que no puede haber retención de ganancias sin afectación específica, porque ello es contrario a la causa del contrato de sociedad y torna ilusorio el derecho esencial de los socios a participar en las ganancias sociales.

2. La afectación de una suma de dinero equivalente a la mitad de las ganancias obtenidas en un determinado ejercicio, y su traslado a una cuenta de resultados no asignados, conforma una detracción de las utilidades que, independientemente de la denominación dada por la sociedad demandada, así como de su existencia previa, importa una reserva facultativa, por lo que se imponía expresar el motivo que la inspiró, el cual debió expresarse en forma clara y detallada en la memoria, condicionada a resultar —a la par— razonable y responder a una prudente administración (arg. art. 66 apartado 3º y 70 de la ley 19.550).

3. El hecho de que la retención de ganancias haya sido una conducta mantenida en forma constante en el pasado de la sociedad demandada, y, más aún, que haya sido consentida por el actor, no deja de ser una afirmación que, al menos en la etapa cautelar, no se puede apreciar en su real extensión a los fines de ser tenida en cuenta al momento de resolver la suspensión provisoria de la ejecución de la decisión asamblearia impugnada, que dispuso el pase de parte sustancial de las ganancias a la cuenta de resultados no asignados, y de allí la imposibilidad que ese argumento pueda gravitar negativamente en la intensidad de la verosimilitud en el derecho, máxime cuando por regla, la sola pasividad o silencio frente a ilegalidades del pasado no veda la oposición a nuevas violaciones de la ley, incluso cuando éstas sean idénticas a aquéllas e igual apreciación le cabe a la referida costumbre universal de mantener la referida cuenta.

Art. 226.—

Títulos valores: principios. Las normas sobre títulos valores se aplican en cuanto no son modificadas por esta ley.

CONCORDANCIAS: Código de Comercio: arts. 207, 208, 746 y ss. LSC Uruguay: art. 316.

§ 1. Aplicación supletoria a las acciones de las normas sobre títulos valores

La importancia del art. 226 de la ley 19.550 pudo de alguna manera ser advertida cuando regían en nuestro país las acciones al portador, pues existe alguna similitud entre éstas y los títulos de crédito, pero eliminadas estas acciones de nuestra legislación societaria —afortunadamente para la gente de bien y para el país— la aplicación del decreto 5965/1963 a las acciones nominativas no endosables es un verdadero despropósito, requiriéndose la inmediata derogación del art. 226 atenta la manifiesta incompatibilidad entre estas acciones y los títulos de crédito.

Las acciones nominativas no se gobiernan por los principios de necesidad, literalidad, autonomía, siendo muy pocos los casos en que los títulos accionarios que representan a las mismas han sido emitidos. Por otro lado, estas acciones no se transfieren por la tradición o el endoso (mera afirmación dogmática propia de los cultores del derecho mercantil, pero carente totalmente de sentido de la realidad, salvo para operaciones simuladas y fraudulentas), sino mediante un contrato escrito y su inscripción posterior en el libro de acciones de la sociedad (art. 213). Por otra parte, los titulares de las acciones nominativas no endosables no se legitiman frente a la sociedad y los terceros solo con la exhibición de sus títulos, siendo hoy jurisprudencia pacífica y reiterada que el carácter de accionista de una sociedad anónima puede ser demostrada por cualquier medio de prueba.

Para lo único que puede servir actualmente la norma del art. 226 de la ley 19.550, fue, hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, para determinar el procedimiento de cancelación en caso de robo, pérdida o inutilización de acciones nominativas no endosables y certificados provisorios, cuyo procedimiento de cancelación no estaba sujeto a las disposiciones del art. 746 y ss. del Código de Comercio, complejísimo y sumamente oneroso, reservadas exclusivamente a los tenedores de títulos al portador, sino a la tramitación prevista por el decreto ley 5965/1963[135], que goza de mayor sencillez y puede ser cumplido en un razonable plazo de tiempo. Actualmente, rige, en materia de deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de los títulos valores, y para los titulares de acciones nominativas no endosables, lo dispuesto por los arts. 1849, 1855 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación.

§ 2. Derechos del accionista a reclamar la entrega de sus títulos accionarios

Todo accionista de una sociedad anónima tiene el derecho de reclamar a la sociedad la entrega de los títulos correspondientes a las acciones que ha suscripto o integrado, fuesen estos certificados provisorios o los títulos definitivos y la sociedad no puede negarse a cumplir con esa obligación, habida cuenta que la representación de las acciones en títulos constituye uno de los requisitos característicos de las sociedades anónimas.

Bien es cierto que hoy por hoy, la gran mayoría de las sociedades anónimas que funcionan en nuestro medio son compañías cerradas o de familia, y en ellas no se acostumbra emitir los títulos, pero esa práctica, contra legem, no constituye excusa legítima para no proceder a la entrega de los títulos accionarios al accionista que los reclama, salvo que el estatuto hubiera previsto la división del capital social en acciones escriturales.

Debe recordarse que la calidad de socio se adquiere con la firma del contrato social o estatuto y con la suscripción de las acciones en que se divide el capital social de la compañía y no con la entrega material de los títulos, pero de ello no puede derivarse que el accionista carezca de interés para reclamar sus títulos accionarios, habida cuenta las operaciones que la ley 19.550 permite efectuar sobre las acciones, que en la mayor parte de las veces requiere la exhibición de los títulos que la representan (arts. 215, 218 y 219 de la ley 19.550). Ha dicho la jurisprudencia al respecto que el título acción, una vez emitido, manifiesta la posición del socio, la legitima y facilita su circulación, en tanto constituye la representación material de la participación en el capital y de la condiciones de socio. Pero tal condición preexiste a la emisión del documento, y se la tiene, aunque en los hechos nunca se hayan emitido los títulos, resultando del contrato mismo el derecho a reclamar la entrega de las acciones[(136)].

Toda demanda mediante el cual se pretenda la entrega de las tenencias accionarias supone para el actor la carga de invocar y probar el título jurídico en el cual basa su titularidad, que por lo general es el estatuto o un contrato de transferencia de acciones, comunicado a la sociedad en los términos del art. 215 de la ley 19.550. Por su parte, si la sociedad resiste esa pretensión, invocando tener derecho para retener los títulos reclamados, deberá cumplir idéntica carga, pues en principio y salvo los excepcionales supuestos previstos por el art. 220 de la ley 19.550, la sociedad emisora no puede ser titular de sus propias acciones. De manera tal que si la sociedad invoca, a los fines de justificar la retención de los títulos accionarios registrados a nombre del actor, que se trata éste de un socio aparente o simulado, ella tiene la carga de probarlo fehacientemente[(137)].

No han sido pocos los casos en que, por diversos motivos, casi nunca legítimos, el directorio retiene los títulos accionarios de las personas que integran la sociedad, y ello originó una muy rica jurisprudencia, que tiende a desalentar ese tipo de actuaciones y en tal sentido ha sido resuelto que mientras los títulos accionarios emitidos no sean entregados a sus titulares, la sociedad es depositaria de los mismos, con las responsabilidades y obligaciones que ello supone, entre las cuales está la prohibición de entregar dichos títulos a otra persona, si no media un contrato de cesión debidamente notificado al directorio, a fin de que este órgano no aparezca haciendo una disposición indebida de tales títulos accionarios[138].

La acción judicial que tiende a la entrega de las acciones suscriptas por el actor en el acto constitutivo de la sociedad, debe ser objeto de un proceso de conocimiento amplio, cuando la sociedad le ha negado esa titularidad o la existencia de ciertos motivos para no acceder a esa pretensión. De lo contrario, si el actor pretende iniciar judicialmente una acción social (impugnación de asambleas; remoción o responsabilidad de los directores o síndicos etc.) y no cuenta con sus títulos, podrá reclamar los mismos mediante una medida o diligencia preparatoria (art. 323 del Código Procesal).

La pretensión judicial de obtener la entrega de las acciones a su titular no prescribe ni es aplicable a ella el plazo de prescripción establecido por el art. 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación, pues así como no prescribe ni caduca el estado de socio, tampoco prescriben o caducan las acciones judiciales tendientes a obtener los instrumentos que acrediten esa calidad.

4. DE LOS BONOS

Art. 227.—

Caracteres. Reglamentación. Las sociedades anónimas pueden emitir bonos de goce y de participación. Se reglamentarán en el estatuto de acuerdo a las normas de este título, bajo sanción de nulidad.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 223, 228, 229. LSC Uruguay: arts. 420, 421, 424.

§ 1. Bonos. Diversas clases

Los arts. 227 a 232, LSC, legislan sobre los bonos que pueden emitir las sociedades anónimas, clasificándolos en bonos de goce y bonos de participación, incluyendo dentro de estos los bonos de participación para el personal. El panorama sobre los mismos se complementa con los bonos convertibles, no legislados por la ley 19.550, pero sí por la ley 19.060.

La emisión de bonos, en todos los casos, no sólo debe estar autorizada por los estatutos, sino que debe incluso estar reglamentada por este instrumento, ajustándose estructuralmente a las normas del Título 4º de la Sección V del Capítulo II de la ley 19.550, bajo pena de nulidad.

La Exposición de Motivos define los bonos como títulos diversos de las acciones, representativos del derecho de participación exclusivamente en las utilidades sociales, que se autorizan a emitir en determinados supuestos.

Los bonos se clasifican en:

a) Bonos de goce. Estos se otorgan a los titulares de acciones totalmente amortizadas (art. 223), y dan derecho a la participación en las ganancias y en el producido de la liquidación, después de reembolsado el valor nominal de las acciones no amortizadas (art. 228).

b) Bonos de participación. Son los que pueden emitirse por prestaciones que no consistan en aportes de capital. A diferencia de los bonos de goce, sólo dan derecho a participar en las ganancias del ejercicio (art. 229). Dentro de esta categoría se incluyen los bonos de participación para el personal de la sociedad, legislados por el art. 230 de la ley societaria.

c) Bonos convertibles en acciones. Finalmente, la ley 19.060 legisló sobre bonos convertibles en acciones, que son títulos que sólo pueden ser emitidos por las sociedades autorizadas a hacer oferta pública, y no requieren autorización del estatuto.

El art. 232 establece que la modificación de las condiciones de emisión de los bonos previstos por la ley 19.550, requiere la conformidad de los tenedores de la mayoría absoluta de bonos de la clase respectiva, expresada en asamblea convocada por la sociedad al efecto. La convocatoria se ajusta al procedimiento establecido por el art. 237, pero esa conformidad no se requerirá para la modificación referente al número de bonos, cuando se trate de los previstos en los arts. 228 y 230 del ordenamiento societario vigente.

Art. 228.—

Bonos de goce. Los bonos de goce se emitirán a favor de los titulares de acciones totalmente amortizadas. Dan derecho a participar en las ganancias y, en caso de disolución, en el producido de la liquidación, después de reembolsado el valor nominal de las acciones no amortizadas. Además gozarán de los derechos que el estatuto les reconozca expresamente.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 11, 166, 223, 224, 227, 231, 232. LSC Uruguay: art. 421.

§ 1. Bonos de goce. Concepto. Derechos

Como se señaló, los bonos de goce se emiten en favor de acciones totalmente amortizadas, y es lógico que así sea, pues el accionista, aun recibiendo el justo precio por sus acciones (art. 223), no debe quedar desligado de la sociedad de manera definitiva, pues la amortización es un hecho ajeno a su voluntad, que lo perjudica si la sociedad se encuentra en situación próspera. Es por este fundamento que las acciones reembolsadas tienen derecho a concurrir al reparto de los beneficios sociales y al producido de la liquidación, luego de reembolsado el valor nominal de las acciones no amortizadas, sin perjuicio de que el estatuto les confiera el ejercicio de los derechos políticos.

Art. 229.—

Bonos de participación. Los bonos de participación pueden emitirse por prestaciones que no sean aportes de capital. Sólo dan derecho a participar en las ganancias de ejercicio.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 11, 39, 50, 165, 185, 227, 231.

§ 1. Bonos de participación. Concepto e importancia

Los bonos de participación, llamados también acciones de industria, sólo pueden emitirse por prestaciones que no sean aportes de capital, pues como es sabido, en las sociedades anónimas, sólo deben ser computados como aportes los bienes susceptibles de ejecución forzada (art. 39).

La Exposición de Motivos explica la importancia de la emisión de los bonos, en aquellos supuestos que interesa a la sociedad recibir bienes que no pueden consistir en aportes de capital (de goce de un invento, de industria, etc.), pero, a diferencia de los bonos de goce, los bonos de participación otorgan el derecho a participar exclusivamente de las ganancias del ejercicio, siendo nulo el otorgamiento de otro derecho por vía estatutaria (art. 227).

La modificación de las condiciones de emisión, y aun la de aquellas referidas al número de los bonos, requiere la conformidad de los bonistas, en los términos del primer párrafo del art. 232.

Art. 230.—

Bonos de participación para el personal. Los bonos de participación también pueden ser adjudicados al personal de la sociedad. Las ganancias que les corresponda se computarán como gastos.

Son intransferibles y caducan con la extinción de la relación laboral, cualquiera sea la causa.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 11, 166, 224, 227, 231, 232.LSC Uruguay: art. 425.

§ 1. Bonos de participación del personal

El art. 230 de la ley 19.550 tiende a fomentar la participación de los obreros y empleados en las utilidades de la empresa, admitiendo que los bonos de participación pueden ser también adjudicados a su personal.

Es decir que:

a) Sólo dan derecho a participar en las utilidades del ejercicio, con exclusión de todo otro derecho, lo cual surge del art. 229, que por ser una norma imperativa, predomina sobre cualquier cláusula estatutaria.

b) A diferencia de lo dispuesto por el art. 229, y como la emisión de bonos de participación para el personal no excluye la relación de dependencia, estos deben ser considerados intransferibles y caducan con la extinción de la relación laboral, cualquiera que sea la causa.

c) La ley 19.550 les niega expresamente cualquier atribución política, incluso la concurrencia a la liquidación final; es decir, la participación se reduce a una mera habilitación a las ganancias.

El art. 230 de la ley 19.550 establece que las ganancias que le corresponden se computarán como gastos, lo cual equivale a decir que las ganancias atribuidas como dividendos correspondientes a bonos de esta naturaleza serán deducibles como gastos para determinar la ganancia imponible, pues el pago forma parte de la remuneración del dependiente[139].

Art. 231.—

Época de pago. La participación se abonará contemporáneamente con el dividendo.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 224, 228 a 230. LSC Uruguay: arts. 422, 426.

Art. 232.—

Modificaciones de las condiciones de emisión. La modificación de las condiciones de los bonos requiere la conformidad de tenedores de la mayoría absoluta de bonos de la clase respectiva, expresada en asamblea convocada por la sociedad al efecto. La convocatoria se realizará por el procedimiento establecido en el art. 237.

No se requiere esa conformidad para la modificación referente al número de bonos cuando se trate de los previstos en los arts. 228 y 230.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 67, 70, 228, 230, 237, 294. LSC Uruguay: art. 432.

§ 1. Momento del pago de la participación

El art. 231 de la ley 19.550 se refiere a los bonos de participación y goce, sosteniendo que las participaciones correspondientes se abonarán contemporáneamente con el dividendo.

De esta manera, y dada la conexidad que el legislador ha establecido entre dividendos y participación, resulta lógico sostener que los bonistas de cualquier clase pueden impugnar judicialmente el balance por inexacto o no confeccionado de acuerdo con la ley, aun aprobado por la asamblea de accionistas, en cuanto vulnere sus derechos a participar en las ganancias(140), cuestionando incluso la constitución de reservas y capitalización de utilidades, cuando aquellas no respondan a las pautas previstas por el art. 70 de la ley 19.550, pues ello redunda en su perjuicio. La jurisprudencia ha ido incluso más allá, prohibiendo lisa y llanamente la constitución de reservas, una vez emitidos los bonos(141).

5. DE LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS

Art. 233.—

Competencia. Las asambleas tienen competencia exclusiva para tratar los asuntos incluidos en los arts. 234 y 235.

Lugar de reunión. Deben reunirse en la sede o en el lugar que corresponda a jurisdicción del domicilio social.

Obligatoriedad de sus decisiones. Cumplimiento. Sus resoluciones conformes con la ley y el estatuto, son obligatorias para todos los accionistas, salvo lo dispuesto en el art. 245, y deben ser cumplidas por el directorio.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 234, 235, 245. Resolución General 7/2015 Inspección General de Justicia, arts. 48, 81, 83, 85, 154, 169, 188, 200, 430, 490. LSC Uruguay: 340.

§ 1. Concepto y características de las asambleas de accionistas

Puede definirse a la asamblea como la reunión de accionistas convocada conforme a la ley y a los estatutos para resolver las cuestiones previstas por ellos o los asuntos indicados en la convocación[142].

Garrigues la define como la reunión de accionistas en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, debidamente convocados, para deliberar y decidir por mayoría sobre determinados asuntos sociales propios de su competencia[143].

Por su parte, Rodríguez y Rodríguez nos brinda de la asamblea de accionistas, el siguiente concepto: "La reunión de accionistas es legalmente convocada y reunida para expresar la voluntad social en asuntos de su competencia"[144].

Hemos querido dar varias definiciones que la doctrina ha elaborado sobre el concepto de las asambleas de accionistas, a los fines de señalar que, todas ellas, y en forma coincidente, encierran las características que le son propias:

a) Es, en primer lugar un órgano social, el órgano de gobierno de la sociedad, lo cual implica que los accionistas que participan en la misma intervienen a título de integrantes del órgano de un sujeto de derecho, atribuyéndole las consecuencias del acto a ese sujeto, cumplimentándose, además, y como requisito formal ineludible, los recaudos de convocación, deliberación y votación, que la ley y el estatuto prescriban.

Como claramente lo expone De Gregorio[145], la asamblea es un órgano esencial de las sociedades por acciones, puesto que en la organización jurídica de estas y especialmente teniendo en cuenta su concepción como personas jurídicas, su voluntad no puede confundirse con la suma de las voluntades de los accionistas singulares, y es precisamente la asamblea la que tiene la función de sustituir a tales voluntades particulares, formándolas, transformándolas, reduciéndolas a una síntesis para lograr la voluntad del ente.

En otras palabras, cuando se dice que la asamblea es un órgano, ello significa que la voluntad social debe surgir de un acto que requiere una previa convocatoria, determinado quórum para su válida constitución y adopción de sus decisiones mediante las mayorías previstas por la ley o por el estatuto. Sólo así puede la asamblea manifestarse válidamente. Como consecuencia de ello, puede concluirse que la decisión asamblearia es la voluntad propia y no delegada de la sociedad, lo cual es quizás la manifestación más importante de la teoría organicista, que la ley 19.550 ha aceptado sin reservas.

b) Es un órgano no permanente, lo cual significa que, a diferencia del directorio, no funciona ininterrumpidamente durante toda la existencia de la sociedad, sino

que sus decisiones son consecuencia de una previa convocación efectuada por quienes la ley legitima para hacerlo, seguida de una deliberación y votación por parte de los accionistas, con cumplimiento de todos los requisitos formales establecidos por el orden normativo.

c) Sus facultades son indelegables, es decir, que la competencia que le es reservada no puede ser suplida por decisiones de otros órganos de la sociedad.

Se ha expresado reiteradamente que la asamblea de accionistas es soberana o, en otras palabras, que es el órgano supremo de la sociedad, afirmación que, en nuestro derecho, ha sido combatida por Halperin y Zaldívar[146], quienes sostienen que ello es inexacto, en la medida en que sus decisiones pueden ser impugnadas por los accionistas y resistidas por el directorio —en cuanto a su ejecución— cuando ellas son contrarias a la ley, estatuto o reglamento, y que sus acuerdos son sólo válidos si han sido adoptadas dentro de los límites propios de sus facultades legales y estatutarias. Sin embargo, lo que la doctrina pretende al calificar de soberana o de suprema a la asamblea de accionistas, es que la misma tiene autoridad superior a todos los demás órganos sociales y que, en principio, los demás órganos de la sociedad, así como sus accionistas, deben quedar subordinados a sus acuerdos. No obstante, ello no puede entenderse de un modo tan absoluto que esa sumisión sea incondicional, pues cuando esa decisión es ilegítima o contraria a los intereses de la sociedad, o adoptada en beneficio exclusivo de un grupo de accionistas en detrimento de otros, parece lógico concluir que ese acuerdo no resulta obligatorio, y es por ello lógico que la ley 19.550, en su art. 251, permita su impugnación judicial.

Así lo ha expresado un fallo judicial pronunciado por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario del 9 de marzo de 1939[147], rigiendo las disposiciones legales que el Código de Comercio preveía para las sociedades comerciales, pero que no ha perdido vigencia en el actual régimen societario, señalándose que el poder de la asamblea está circunscripto a los límites que marcan las leyes, los estatutos y el orden público (...). Fuera de él la asamblea no puede resolver nada que sea válido, y si lo hace, los directores, gerentes y síndicos pueden desacatar lo resuelto y los accionistas deducir acción ante el Juez para declarar la nulidad de la ilegítima deliberación.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el poder de decisión de la asamblea no supone que se encuentre facultada para invadir esferas propias reservadas para otros órganos de la sociedad, sino que su competencia específica está determinada por la ley, aun cuando, en último término, el directorio está indirectamente subordinado a la misma, desde que la asamblea puede designar y remover a sus integrantes, así como censurar su gestión. Es decir, que la competencia de la asamblea está limitada por las funciones propias de los administradores encargados de representar a la sociedad en todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la sociedad[148], y por ello se ha afirmado que —sin desconocer el poder de la asamblea— su actividad es puramente interna, pues carece de facultades de representación hacia el exterior, sin perjuicio, claro está, de las eventuales responsabilidades de los administradores, por exceso de sus facultades.

§ 2. Principios que gobiernan el funcionamiento de las asambleas

2.1. Competencia de la asamblea de accionistas

Hemos hecho una breve referencia a la competencia de las asambleas de accionistas en el último párrafo del parágrafo anterior, señalando, como principio general, que su competencia no es ilimitada, sino que se circunscribe a los asuntos que la propia ley de sociedades le otorga, generalmente de trascendencia interna para el ente, salvo supuestos de excepción, que se presentan cuando por ejemplo el estatuto ha previsto la aprobación de determinados contratos celebrados por el directorio ad referéndum precisamente del órgano de gobierno.

Puede afirmarse, siguiendo los lineamientos que nos brinda Garrigues en su análisis de la ley de sociedades anónimas española de 1951[(149)], que la competencia de la asamblea de accionistas está limitada por las específicas funciones de los administradores encargados de representar a la sociedad en todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa, y está limitada también por la necesidad de ajustar sus acuerdos a la ley y a los estatutos, bajo pena de nulidad, a lo cual debemos agregar, por nuestra parte, como límite del poder de la asamblea, la necesidad de que sus decisiones se inspiren exclusivamente en el interés propio de la sociedad y no en el de la mayoría de quienes participan en esa decisión, que muchas veces puede no ser coincidente. Del mismo modo —señala Garrigues— y aún dentro de los acuerdos legales y estatutarios, la soberanía de la junta está limitada por el respeto a las bases esenciales de la sociedad anónima, que le veda modificar aquellas cláusulas que constituyeron los presupuestos básicos para el consentimiento del accionista al ingresar a la sociedad.

Nuestra ley 19.550 no contiene una norma tan general y quizás tan terminante como lo es la prevista por el art. 85, párrafo 1º de la ley española, que prohíbe acordar modificaciones estatutarias que supongan imponer nuevas obligaciones para los accionistas, pero encontramos disposiciones en nuestro ordenamiento que nos permiten afirmar que esa limitación a la competencia de las asambleas, fundada en el respeto a las bases esenciales de la sociedad, no ha sido ignorada por el legislador, aun cuando prevé soluciones diferentes frente esos supuestos. Por ejemplo la norma del art. 249 de la ley 19.550 prohíbe a la asamblea de accionistas adoptar decisiones que afecten los derechos de una clase de acciones ya existente salvo consentimiento o ratificación prestada por los titulares de estas acciones, pero, salvo ello, no existe obstáculo legal para limitar la soberanía del órgano de gobierno de la sociedad, que puede modificar las cláusulas esenciales del estatuto —con las mayorías rigurosas previstas por el art. 244, último párrafo de la ley 19.550— pero ello no implica desamparar al accionista disconforme, el cual goza del derecho de retirarse de la sociedad, en

los términos del art. 245, de la ley de sociedades comerciales, con reembolso del valor de su participación.

No entraremos a analizar las distintas clases de asambleas que nuestro ordenamiento societario prevé, pues su análisis excedería los límites de este trabajo, pero señalaremos que la ley 19.550 hace referencia a las asambleas ordinarias y extraordinarias, así como generales y especiales.

Las asambleas especiales son aquellas en las que únicamente participan accionistas que tengan derechos particulares, y su régimen está previsto fundamentalmente en el art. 249 de la ley en análisis. En las asambleas generales, a diferencia de aquellas, participan todos los accionistas.

Las asambleas especiales, a diferencia de las asambleas generales, no constituyen un órgano societario, sino una forma de manifestar la voluntad de una clase de accionistas, debiendo ser convocadas en cualquier circunstancia en que una decisión de la asamblea general de accionistas pudiera llegar a afectarlas o cuando el estatuto ha previsto que ellas deben ser convocadas. El art. 262 de la ley 19.550, en cuanto establece la posibilidad de elegir directores por clase de acciones, siempre y cuando el estatuto lo autorice, brinda un claro ejemplo de la importancia que ofrecen las asambleas especiales.

Dichas asambleas generales pueden dividirse, a su vez, en asambleas ordinarias y extraordinarias.

Las asambleas ordinarias tienen competencia para tratar aquellos temas previstos específicamente por el art. 234 de la ley 19.550, y su carácter de tal no está dado, a diferencia del sistema previsto por el Código de Comercio, por la época en que la misma se reúne, sino precisamente por la naturaleza de los temas a considerar (aprobación de las cuentas de los administradores, designación, retribución y remoción de los mismos, así como la determinación de su responsabilidad, aumentos del capital social dentro de su quíntuplo, etc.). Las asambleas extraordinarias tienen a su vez competencia para tratar y resolver sobre aquellos puntos previstos por el art. 235 de la ley, que se refieren fundamentalmente a las modificaciones estatutarias y a la adopción de ciertos acuerdos que tienen, por lo general, importancia económica para la sociedad y los propios accionistas (rescate, reembolso y amortización de acciones, limitación al derecho de preferencia, emisión de debentures y de bonos, etc.). El primer párrafo del art. 235 le establece a la asamblea extraordinaria una competencia residual, en la medida en que la declara competente para considerar asuntos que no sean competencia de la asamblea ordinaria.

Precisamente, por la importancia y trascendencia que revisten las decisiones que debe adoptar la asamblea extraordinaria, es que el legislador ha previsto un régimen de quórum y mayorías más riguroso que el previsto para las asambleas ordinarias, determinando incluso que, para ciertos y determinados temas, las correspondientes decisiones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto.

Sin perjuicio de las diferencias entre las asambleas ordinarias y extraordinarias, la ley 19.550 prevé que ambas pueden celebrarse en forma simultánea, siempre que se encuentre reunido el quórum y se resuelva por las mayorías previstas legalmente (arts. 236, 237, 243, 244 y concordantes de la ley 19.550).

2.2. Adopción de los acuerdos asamblearios por el sistema de mayorías

La ley 19.550 dispone para la adopción de los acuerdos asamblearios, que los mismos deben ser adoptados con las mayorías previstas en ese ordenamiento legal, que se encuentran prescriptas en los arts. 243 para las asambleas ordinarias y 244 para las asambleas extraordinarias.

No se exige pues la unanimidad para la adopción de las decisiones asamblearias, salvo para tres casos: 1) Para las asambleas unánimes (art. 237, último párrafo); 2) Para adoptar aquellas decisiones cuyo tratamiento no estaba incluido en el orden del día, en los términos del art. 246, inc. 1º del ordenamiento societario y 3) Para los casos de resolverse la reconducción del contrato social con plazo de duración vencido, ya inscripta registralmente la designación del liquidador (art. 95, último párrafo de la ley 19.550).

Obviamente, la mayoría cuya voluntad se expresa por la suma de los votos individuales, sólo es tal cuando los votos se formulan en una asamblea válidamente constituida. La voluntad que emana de la asamblea no es sólo la de la mayoría de los accionistas sino la que resulta de la actividad interna de ese órgano, de manera tal que puede concluirse, como ha sido expresado en un importante fallo judicial, que la voluntad social no surge de la simple mayoría, sino de una previa y válida deliberación societaria[150].

Del mismo modo, la ley 19.550, en sus arts. 243 y 244 prevé que las mayorías allí previstas para las asambleas de las sociedades anónimas, se adoptarán —a diferencia de otros tipos societarios— por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, lo que presupone, como requisito previo indispensable, la legitimidad en la emisión de los mismos.

En efecto, la asamblea, como acto o negocio jurídico, debe reunir ciertos elementos, cuyos vicios, sea respecto de quienes comparecen al acto, sea respecto de la convocatoria, deliberación o contenido de la decisión adoptada, tienen trascendencia respecto del acto mismo; pueden determinar su invalidez.

Por ello, cuando la ley 19.550, en el art. 251, en la parte final de su primer párrafo establece legitimación activa para impugnar un acuerdo asambleario al accionista que ha votado favorablemente el mismo, cuando su voto es anulable por vicio de la voluntad, está presuponiendo que la emisión de ese voto debe carecer de los llamados vicios de la voluntad, es decir, que debe ser emitido con pleno discernimiento, intención y libertad, con ausencia de error, dolo o violencia.

La teoría de los vicios del acto jurídico está, como se sabe, íntimamente vinculada a la de la voluntad con que debe expresarse el agente al celebrar el acto jurídico, conforme a la cual, para que su consentimiento pueda ser productor

de efectos jurídicos, debe gozar de pleno discernimiento, intención y libertad. Son tres requisitos indispensables e independientes, sin existir correlación entre ellos y entre los vicios que afectan cada uno de ellos. Volveremos a estas cuestiones al estudiar la legitimación de los accionistas para impugnar acuerdos asamblearios, en donde profundizaremos el análisis de los vicios de la voluntad y su virtualidad para invalidar el acto asambleario.

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta también que para la formación de la voluntad social, el legislador ha previsto una serie de supuestos en los que consagra incapacidades de derecho en cabeza de determinados accionistas para la adopción de ciertos acuerdos, en tutela fundamentalmente del interés social. Esas incapacidades están previstas en los arts. 241 y 248 de la ley 19.550, conforme a los cuales los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión ni en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa, prescribiendo también que el accionista —o su representante— en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, debe abstenerse de emitir su voto. La transgresión a la prohibición legal determina la nulidad del voto, pero no supone necesariamente la invalidez del acuerdo, que sólo será tal cuando sin ellos la decisión asamblearia no pudo ser adoptada.

2.3. Decisiones inspiradas en el interés social. Límites al gobierno de las mayorías

En el parágrafo anterior se señaló, como principio general, que nuestra ley de sociedades ha recogido el principio mayoritario como criterio rector en materia de adopción de los acuerdos sociales.

Sin embargo, la preponderancia del régimen mayoritario no es ilimitado, sino que supone, como requisito imprescindible, que la decisión sobre la cual recayó tal mayoría se encuentre inspirada en el interés social, tema este que merece, por su complejidad, una debida profundización.

Habíamos expresado los límites impuestos al poder deliberativo de la asamblea, establecidos por la ley, el estatuto o por el respeto de los derechos individuales de los accionistas, consagrados por el orden normativo generalmente en forma imperativa. Sin embargo, y como bien lo señala De Gregorio existe un límite más genérico, consistente en la exigencia de que el poder de la asamblea sea ejercitado en interés social, pues de lo contrario nos encontramos frente a un acuerdo adoptado en "exceso o desviación de poder"[(151)].

Es de toda evidencia que siendo la asamblea un órgano de la sociedad, al expresar su voluntad, debe tener en miras fundamentalmente el interés de la sociedad y no el de uno, de varios o de un grupo determinado de accionistas, pues habiendo sido entregado el gobierno de las sociedades anónimas por la ley a la mayoría, ello supone que el accionista, al ingresar a la sociedad, ha renunciado, en provecho de los intereses del ente que integra, a sus prerrogativas y expectativas individuales, en orden a la gestión de los bienes que aporta, los cuales pasan a formar el patrimonio de la sociedad que será

administrada por la mayoría, a la cual la ley le confiere el carácter de único intérprete del interés social(152).

El interés social puede ser definido, en consecuencia, como el fin perseguido por la sociedad a través de su objeto social(153), al cual debe subordinarse el interés de cada uno de los socios o accionistas, que puede o no ser coincidente con aquel. En otras palabras, el interés social es aquel que lleva a suprimir el interés común o colectivo de los socios, para conseguir, a través de la sociedad, la mayor utilidad, con el mínimo aporte a ese efecto(154).

De conformidad con ello, el interés social determina que los accionistas, para formar y expresar la voluntad del órgano, deben dirigir las propias voluntades individuales hacia la finalidad fundamental para la cual la sociedad ha sido constituida, esto es, hacia una provechosa gestión del patrimonio social en interés común de los socios, pero considerados precisamente como socios, es decir, como personas vinculadas para una ventajosa gestión social y no como personas libres de sacar de esta una ventaja personal, aun alcanzada a través del sacrificio del ente(155).

Lo expuesto no puede llevar a sostener que el interés social debe ser medido únicamente en términos cuantitativos o cualitativos, y que en procura de la mayor utilidad, cualquier procedimiento o acuerdo adoptado por los socios con esa finalidad resulte válido. Dicho en otros términos: la vara para medir el interés social no está puesta exclusivamente en función del mejor provecho que pueda obtener la sociedad en el desarrollo de su actividad específica, pues además de ello el concepto de interés social supone necesariamente el pleno respeto del sistema societario que tiene por antecedente un contrato plurilateral de organización, en el cual el carácter que reviste cada uno de los socios y la total observancia de la ley y de las cláusulas estatutarias constituyen elementos que lo integran.

De lo contrario, y siguiendo palabras del siempre recordado magistrado y profesor Alfredo Colmo, expuestas en su voto en un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, del 9 de noviembre de 1921(156), el accionista, individualmente considerado, quedaría a merced de cualquier mayoría regimentada, que podría disponer de su fortuna y de sus derechos, pues aun cuando resulta verdad que la minoría de los accionistas queda ligada por la decisión de la mayoría, ello es así sólo en cuanto la mayoría obre dentro del límite de sus poderes, pues el principio del gobierno de las mayorías no es argumento que autorice la violación del estatuto o de normas legales.

Fue teniéndose en cuenta esos intereses, que la jurisprudencia —en especial la elaborada por los tribunales franceses— ha sostenido que la regularidad formal de las decisiones asamblearias resulta, por sí sola, insuficiente para mantener su plena validez y su carácter vinculante frente a todos los accionistas, pues es necesario atender, además, al examen de su aspecto intrínseco, pues puede presentarse en la práctica que decisiones sin defecto objetivo puedan estar inspiradas en intenciones ilícitas, y es así la causa y no el tenor de las decisiones la que puede asumir el carácter de irregular(157).

Surgen así las doctrinas del abuso o exceso de poder en las mayorías, que tienden a poner remedio a las situaciones que se presentan cuando las resoluciones adoptadas en el seno de la asamblea atienden sólo al beneficio o interés particular de quienes contribuyeron a formar la voluntad social, o cuando esos acuerdos hayan tenido por objeto exclusivo, romper el equilibrio existente entre los accionistas. Frente a estas hipótesis, resulta evidente la necesidad de que la minoría disponga de mecanismos de defensa para protegerse ante tales eventualidades, y por ello el legislador ha sido cuidadoso en tutelar la esfera de intereses de los accionistas singulares, contra la cual no puede tener eficacia una deliberación asamblearia adoptada sólo en provecho exclusivo de un grupo de accionistas.

Lo expuesto no implica tampoco que cualquier acuerdo de la mayoría puede ser impugnado bajo el pretexto de que perjudica el interés de la sociedad, pues ello implicaría tanto como otorgar al juez un examen de mérito sobre cada uno de los acuerdos sociales, inmiscuyéndose permanentemente en la gestión de la sociedad, lo cual llevaría a trasladar, en definitiva, el gobierno de la misma a las autoridades judiciales, lo cual resulta —como lo advierte De la Cámara Álvarez— inadmisible desde todo punto de vista.

Deben pues conciliarse dos principios fundamentales para el correcto funcionamiento de la sociedad: el principio mayoritario como criterio rector en materia de adopción de los acuerdos sociales con el derecho de todos y cada uno de los accionistas de reivindicar para sí la defensa del interés social frente a acuerdos asamblearios que resultan violatorios de la ley o del estatuto o inspirados exclusivamente en intereses extrasocietarios. Ese equilibrio lo obtendremos considerando impugnables los acuerdos asamblearios que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, pero requiriendo no sólo que la decisión social resulte perjudicial para ellos, sino que además, debe resultar necesario que ese perjuicio se irrogue para proporcionar una ventaja a ciertos accionistas, que son, por regla general, los inspiradores de ese acuerdo[158].

Nuestra Ley de Sociedades Comerciales no contempla —y ello resulta de lamentar— una disposición semejante a la prevista por el art. 67 del ordenamiento societario español, que recoge esos principios. Pero de ello no puede derivarse que el concepto de interés social, y la subordinación del poder de la mayoría al mismo, no se encuentren implícitamente previstos en nuestro ordenamiento societario. Basta recordar los citados arts. 241 y 248, los cuales, al prohibir a los directores y accionistas participar, con su voto, en acuerdos en los que tienen interés contrario, intentan eliminar de esa decisión, cualquier injerencia que resulte incompatible con el verdadero interés de la sociedad.

Del mismo modo, el art. 70 de la ley 19.550, que establece los requisitos necesarios para la constitución, por asamblea, de reservas facultativas, prescribe que las mismas deben responder a un criterio de "prudente administración", sometiéndolas, además, a pautas de razonabilidad, compatibilizando de esa manera el interés del accionista, que ve reducidos sus dividendos con esa decisión, con el interés de la sociedad, que necesita, por diversos motivos, de la formación de esas reservas, para lo cual el legislador

prevé además, cuando las mismas superen determinado monto, que su constitución necesita de las mayorías especiales previstas por el último párrafo del art. 244 de la ley en análisis.

§ 3. Cumplimiento de los requisitos formales previstos por la ley

Sin entrar a analizar la naturaleza jurídica del acto asambleario, que Halperin desarrolla con su conocida profundidad, no puede dudarse de que el mismo, más allá de las complejidades que presenta, es un acto jurídico de carácter formal, pues sólo la reunión de accionistas que ha cumplido los trámites legales de convocatoria y reunión tiene la calidad de asamblea, y como tal, órgano de la sociedad.

Puede decirse entonces que para que nos encontremos frente a una asamblea de accionistas es necesario cumplir con todas las etapas formativas de la voluntad social, y la circunstancia de que la sociedad se componga de un número muy reducido de socios o accionistas, que diariamente se encuentren en contacto y acuerdan por unanimidad las medidas necesarias para la marcha de la misma, no autoriza a prescindir del cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley societaria, que en sus arts. 234 y ss. ha previsto minuciosamente los requisitos a los cuales deben someterse las asambleas, bajo pena de nulidad (art. 251).

Todas las etapas que confluyen a la regularidad del acto asambleario deben ser, pues, cumplidas en forma estricta, toda vez que ellas son formativas del acto y conducen a la resolución final. De allí que se haya resuelto, por nuestra jurisprudencia, que, cuando acontece en cualquiera de las etapas formativas o constitutivas una violación de la ley, estatuto o reglamento, puede afirmarse que la resolución final, aunque en sí misma fuese inobjetable, sufrirá inevitablemente las consecuencias o efectos de esa anomalía que la precedió, por cuanto el acto asambleario se integra con diversas etapas que constituyen y configuran una verdadera unidad funcional, sin relevancia jurídica separadamente consideradas[(159)].

Es decir, que aun cuando la decisión de la asamblea se haya adoptado con las mayorías requeridas legalmente, ese acuerdo sólo será válido cuando se hayan cumplido, además, con los requisitos de convocatoria y publicidad previstos por la ley para la formación de la voluntad social. Ello no significa que, frente al incumplimiento de esos requisitos, podamos hablar de una asamblea inexistente, sino que nos encontramos frente a un claro ejemplo de un acto jurídico nulo, por la inobservancia de la forma exclusivamente ordenada por la ley.

§ 4. Lugar de reunión de las asambleas de accionistas

Las asambleas de accionistas deben reunirse en la sede o en el lugar que corresponde a la jurisdicción del domicilio social, lo cual es de toda lógica, si se advierte que lo contrario implicaría dificultar el derecho de asistencia y voto de los accionistas, que el legislador ha sido cuidadoso en proteger. El art. 244, en cuanto concede participación a los titulares de acciones sin derecho a voto en el supuesto de resolverse la transferencia del domicilio de la sociedad al exterior, así como el art. 245, que concede el derecho de receso a los accionistas disconformes con tal acuerdo, no hacen sino confirmar el principio general consagrado por el art. 233, párrafo 2º de la ley 19.550, que sólo puede dejarse de lado tratándose de asambleas unánimes, pues la presencia de la totalidad de accionistas torna irrelevante esa protección.

§ 5. La celebración de asambleas a distancia

Este ha sido un tema muy debatido por la doctrina nacional, pero que no ha generado jurisprudencia alguna, aun cuando la importancia práctica de la cuestión está fuera de dudas, en especial cuando se trata de accionistas domiciliados en diferentes jurisdicciones o países, que por diferentes razones no pueden asistir al acto asambleario y participar del mismo a través de su derecho de voz y voto.

Todo parece indicar, de la redacción de los arts. 233 a 254 de la ley 19.550, que las asambleas de accionistas —así como también las reuniones del órgano de gobierno de cualquier otro tipo de sociedad—deben ser presenciales, y en especial en las sociedades anónimas, en las cuales, a diferencia de las sociedades de responsabilidad limitada, no se acepta ni recepta la adopción de acuerdos sociales por correspondencia.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha puesto fin a este debate, permitiendo a las personas jurídicas la celebración de actos del órgano de gobierno de la sociedad a distancia, previendo expresamente el art. 158 de dicho ordenamiento, en su inc. a), que si todos los que deben participar en el acto lo consienten, pueden llevar adelante una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. Aclara el inc. a) de dicha norma que el acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad

adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse.

Se consagra de esta manera en el derecho nacional la posibilidad de celebrar las reuniones del órgano de gobierno a distancia, que era un anhelo que la doctrina societaria reclamaba en forma permanente, siendo de suma utilidad su utilización en las entidades no lucrativas, normalmente constituidas por un importante número de miembros, en las cuales aún cuando las asambleas se realicen con delegados, ello requiere un enorme espacio y grandes gastos de traslado, hospedaje o viáticos a quienes se trasladan de distintos puntos del país(160).

La disposición del art. 158 inc. a) del CCyCN solo incluye dentro de este nuevo sistema de adopción de acuerdos societarios mediante recursos técnicos, solo a las asambleas o reuniones del órgano de gobierno de la entidad, omitiendo hacerlo respecto de los demás órganos plurales de administración y, en su caso, de fiscalización, cuando una norma especial así lo requiere (arts. 284 ley 19.550; art. 12 de la ley 20.321 de asociaciones mutuales). Ello ha llevado a sostener que se trata de una omisión involuntaria del legislador, teniendo en consideración que los antecedentes normativos (decreto 677/2001 y ley 26.831 de Mercado de Capitales) permitieron la implementación del uso de medios tecnológicos para suplir la presencia física de algunos de los integrantes del órgano de administración(161). Dicha conclusión es —sin embargo— difícil de compartir, en tanto los autores del Código Civil y Comercial de la Nación parecen haber sido muy cuidadosos en la redacción del primer párrafo del art. 158 CCyCN, cuando, en su primer párrafo —en términos generales, referido a la organización interna del ente— se refiere a todos los órganos de la entidad, para luego, en su inc. a) contemplar supuestos específicos, limitándolas a "las asambleas" o "reuniones del órgano de gobierno" de la persona jurídica.

Compartimos pues con Vítolo(162)la conclusión sobre la inaplicabilidad de la celebración de reuniones a distancia en lo que respecta al funcionamiento de los órganos de administración y fiscalización, la cual no parece estar admitida en el actual Código Civil y Comercial de la Nación y razones no faltan para ello: a) Normalmente los órganos de administración de las personas jurídicas no exhiben un número tan importante de miembros que justifique esta solución; b) Los libros y la documentación de la entidad deben permanecer en la sede social, cuya exhibición, a los directores, consejeros o integrantes del consejo directivo ausentes, exhibe importantes complicaciones cuando la reunión del órgano se celebra por medios electrónicos y c) Tratándose de sociedades anónimas —que es el ámbito en donde este procedimiento más se utiliza—, el art. 256 expresamente prevé que la mayoría absoluta de los directores debe tener domicilio en la República, con lo cual la aplicación de los sistemas electrónicos para la celebración de reuniones del órgano de administración se relativiza considerablemente.

Contrariamente a ello, la Inspección General de Justicia, en el art. 84 de la resolución general 7/2015 ha aportado una norma que permite superar esta limitación para la celebración de reuniones de órganos colegiados de administración, admitiendo que el estatuto de las sociedades sujetas a

inscripción ante el Registro Público a cargo de este Organismo, podrá prever mecanismos para la realización en forma no presencial de las reuniones del órgano de administración, siempre que el quórum de las mismas se configure con la presencia física en el lugar de celebración de los integrantes necesarios para ello, y que la regulación estatutaria garantice la seguridad de las reuniones y la plena participación de todos los miembros de dicho órgano y del órgano de fiscalización, en su caso. El acta resultante deberá ser suscripta por todos los participantes de la reunión.

§ 6. Obligatoriedad de las decisiones de la asamblea

Las resoluciones asamblearias son obligatorias para todos los accionistas y deben ser necesariamente cumplidas por el directorio, excepto:

a) Cuando aquellas son violatorias de la ley, estatuto o reglamento, en cuyos casos los accionistas tienen el derecho de impugnarlas, y el directorio, sindicatura o consejo de vigilancia, la obligación de hacerlo, de conformidad a lo dispuesto por el art. 251 de la ley 19.550.

b) Cuando se trate de aquellas decisiones incluidas en el último párrafo del art. 244, pues los accionistas disconformes pueden, en forma facultativa, ejercer el derecho de receso legislado por el art. 245 de la ley en análisis, desligándose de la sociedad y convirtiéndose en acreedores de la misma por el valor de sus respectivas participaciones, de conformidad a los valores resultantes del último balance aprobado.

§ 7. Las asambleas confirmatorias o mal llamadas "ratificatorias". La resolución general IGJ 28/2004 y su fundamento

La resolución general de la Inspección General de Justicia 28/2004, publicada en el Boletín Oficial del día 13 de diciembre de 2004, cuya solución fuera recogida por las Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia (resolución general IGJ 7/2015) y por la vigente resolución general 7/2015, tuvo como objetivo cubrir un vacío legislativo que se advierte fácilmente en la ley 19.550, con solo leer el art. 254 in fine, el cual, al tratar la revocación de actos asamblearios nulos, brindando expresas soluciones en materia de responsabilidad y efectos, olvidó considerar la situación exactamente inversa, esto es, la facultad de la sociedad, a la cual le fue impugnada una decisión

asamblearia, de volver a considerar las mismas cuestiones, pero haciendo desaparecer los vicios del acto anterior, objeto de la referida acción de nulidad.

Este procedimiento, de muy permanente utilización en nuestra práctica societaria, y que en forma nada inocente fue denominado como "Ratificación de asambleas o decisiones asamblearias", se cumplía mediante el sencillo expediente de volver a convocar a la asamblea cuestionada por algún accionista e incluir como punto del orden del día —único o agregado a otros— la ratificación del acuerdo impugnado, con lo cual lo único que era objeto de debate y decisión era la referida ratificación y no el punto del orden del día que había sido objeto de expreso cuestionamiento. Repare el lector que no es lo mismo tratar como punto del orden del día la "Ratificación de la decisión asamblearia adoptada el (...) que aprobó los estados contables correspondiente al ejercicio cerrado al 31 de diciembre de (...)" que "La consideración de los estados contables correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de (...)", lo cual obliga a las autoridades de la asamblea a volver a poner en el tapete a los mismos instrumentos, contando todos los accionistas presentes y en la forma más amplia, con el derecho de información de que gozan los socios cada vez que se considera la documentación prevista por el art. 234 inc. 1º de la ley 19.550.

También habrá reparado el lector que, más allá de la denominación con que se conoce a este recurso, resulta impensable hablar de "ratificación", pues nunca es admisible jurídicamente que un determinado acto o una determinada operación sea "ratificada" por el mismo sujeto de derecho del cual había emanado esa actuación con anterioridad. Huelga recordar que solo "ratifica" la persona en cuyo favor un tercero (mandatario, comisionista o gestor de negocios) ha llevado a cabo la actuación que es necesario poner en cabeza de aquel, pero que una sociedad "ratifique" un acto asambleario anterior emanado de la misma persona jurídica constituye un contrasentido inadmisible, máxime cuando —advirtiendo las particularidades que presenta el funcionamiento de una sociedad— lo que pretende "ratificarse" es una actuación del mismo órgano.

La operación en consideración no configura otra cosa, estrictamente hablando, que un acto jurídico confirmatorio de otro anterior sujeto a una acción de nulidad o contra el cual ya se ha promovido la referida demanda, de manera tal que la aplicación a la misma de las previsiones del art. 393 del Código Civil y Comercial de la Nación, incluidos dentro del capítulo dedicado a la confirmación de los actos ineficaces, constituye conclusión insoslayable.

De manera tal que, si se concluye de esa manera, la confirmación de actos asamblearios sujetos a acciones de nulidad relativa (art. 388 CCyCN) —en tanto que si la invalidez fuera absoluta, no existiría posibilidad de confirmación alguna (art. 393 del Código Civil)— requiere el cumplimiento de determinados requisitos formales, que se encuentran previstos por el art. 1061 del referido ordenamiento legal, como requisito de validez del acto confirmatorio. Concretamente, y como se afirmó en los considerandos de la resolución general IGJ 28/2004, "Por exigencia del art. 1061 del Código Civil, para que proceda su registración con efecto retroactivo a la fecha en que el acto se confirma (art. 1065 del Código Civil), y si fuera el caso, conjunta con éste, el acuerdo social de confirmación, cualquiera sea la denominación que se le atribuya, debe obrar con las mismas

formalidades instrumentales y solemnidades que el anterior (art. 1062 Código citado) y contener la sustancia del acuerdo o partes del mismo que se quieren confirmar, la mención del vicio o vicios incurridos y la manifestación de la intención de su reparación (incs. 1º, 2º y 3º del mencionado art. 1061), no resultando en consecuencia suficientes "ratificaciones" genéricas, sino exigibles tales contenidos puntuales y específicos, ello en referencia, según los alcances del vicio o vicios existentes, al acto asambleario o reunión de socios como totalidad —si en esa totalidad el mismo se encuentra viciado— o a puntos determinados del orden del día tratado y resuelto en él, cada uno de los cuales debe en tal supuesto ser especialmente conformado con los recaudos arriba indicados".

La resolución general IGJ 28 del 13 de diciembre de 2004, que así resolvió, había tenido como fuente una serie de resoluciones particulares dictados por la Inspección General de Justicia, tanto en materia de asambleas de sociedades comerciales como de asociaciones civiles, donde el instituto de "ratificación" estaba también a la orden del día[163]y sus conclusiones fueron receptadas en forma amplia en las Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia (resolución general 7/2005), y por la vigente resolución general 7/2015, cuyo art. 48 prevé expresamente, bajo el título "Confirmación de actos colegiales", la siguiente solución: "Si los errores u omisiones afectan en su totalidad o en determinadas resoluciones a una asamblea de accionistas, reunión de socios u otra forma de acuerdo habilitada por la ley de fondo, la subsanación o saneamiento del acto afectado, se halle o no inscripto, cuando resulte posible por la naturaleza del vicio, debe ajustarse a lo dispuesto en materia de confirmación de actos jurídicos por los arts. 393 y 394 del Código Civil y Comercial de la Nación, debiendo efectuarse en cada resolución o acuerdo confirmatorios referencia específica al anterior que se propone confirmar. Los dictámenes de precalificación profesional deben incluir expresa y circunstanciadamente mención del cumplimiento de las exigencias referidas. Si el acto que se confirma no está inscripto, su inscripción debe practicarse conjuntamente con la del confirmatorio, sin perjuicio de los efectos retroactivos de este último establecidos por el art. 395 del Código Civily Comercial de la Nación".

Por su parte, y ratificando esta expresa solución para las asociaciones civiles, el art. 430 de la resolución general IGJ 7/2015) dispuso bajo el título de "Asambleas ratificatorias" que "En las asambleas confirmatorias que se celebren en los términos de los arts. 393 a 395 del Código Civil y Comercial de la Nación, deben volver a ponerse en debate cada uno de los puntos del orden del día que fueron materia de decisión en la asamblea confirmada, resultando insuficiente que la asamblea sea convocada para una ratificación genérica y sin más del acto anterior, sin debate y resolución específica sobre cada uno de los temas que configuraron el orden del día del acto asambleario viciado. No se requerirá nuevo debate de los puntos del orden del día, sobre los que exista acuerdo unánime de los presentes en el acto".

Estas soluciones fueron avaladas sin reservas por la jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles. En tal sentido, sostuvo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso "Isabella Pascual c/ Bingo Caballito SA

s/ ordinario", dictado en fecha 30 de mayo de 2006, que en caso de celebrarse asambleas ratificatorias, no basta incluir como punto del orden del día la "ratificación" de una asamblea anterior o de una determinada cuestión ya considerada, sino que, por estricta aplicación de la normativa emanada de la Inspección General de Justicia, hay que volver a tratar los puntos del orden del día que van a ser confirmados. La remisión que el Tribunal de Alzada hizo con respecto a la resolución general IGJ 7/2005 —hoy resolución general 7/2015— fue objeto de especial consideración por la prensa económica de la Ciudad de Buenos Aires, que consideró a esa remisión como un importante respaldo a la actividad de la autoridad de control, pues para esa fecha todavía se escuchaban voces que continuaban predicando una supuesta inconstitucionalidad de la actividad de la Inspección General de Justicia y un exceso de facultades por el funcionario que la había suscripto[164].

Art. 234.—

Asamblea ordinaria. Corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver los siguientes asuntos:

1) Balance general, estado de resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le competa resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos;

2) Designación y remoción de directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia y fijación de su retribución;

3) Responsabilidad de los directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia.

4) Aumentos del capital conforme al art. 188.

Para considerar los puntos 1 y 2 será convocada dentro de los 4 meses del cierre del ejercicio. [Texto según ley 22.686]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 63 a 70, 72, 188, 220, 221, 224, 236, 237, 255 a 257, 271, 274, 276, 281, 284, 292, 294; resolución general 7/2015 Inspección General de Justicia, arts. 48, 81, 83, 85, 154, 169, 188, 200, 430, 490; LSC Uruguay: arts. 341, 342.

§ 1. Competencia de las asambleas ordinarias

Corresponde a las asambleas ordinarias considerar y resolver los siguientes asuntos:

a) Balance general, estado de resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le competa resolver conforme a la ley y el estatuto, o que sometan a su decisión el directorio, consejo de vigilancia o los síndicos. Los balances y estados de resultados, así como la restante información complementaria exigida por el art. 65 de la ley 19.550 deben ser sometidos a la asamblea de accionistas por el directorio, previo examen y consideración por la sindicatura o el consejo de vigilancia, quienes propondrán por escrito su aprobación o formularán los reparos que estimen convenientes.

Pese a la omisión legal, la asamblea general ordinaria a que alude el inc. 1º del art. 234 de la ley 19.550 debe tratar asimismo el informe de la auditoría anual al que alude el art. 283 de la ley 19.550 y las resoluciones técnicas de los Colegios de Profesionales de Ciencias Económicas.

La ley, en el encabezamiento del art. 234, prescribe que la asamblea debe "considerar y resolver" los puntos sometidos a su consideración, lo cual descarta indefiniciones. En el supuesto de analizarse los estados contables, los accionistas deben aprobar, rechazar o rectificar los mismos, decisiones estas de enorme relevancia, desde que constituyen el modo previsto legalmente para analizar las cuentas presentadas por los administradores. Es por ello que la ley 19.550, en su art. 67, ha dispuesto que las copias de los estados contables deben quedar a disposición de los accionistas en la sede social, con no menos de quince días de anticipación, con lo cual procura obtener que los socios puedan discutir y decidir sobre aquellos temas con mayor idoneidad.

Pero recuérdese que la aprobación de los estados contables no implica liberación de responsabilidad de los administradores y síndicos (art. 73 de la ley 19.550).

Con la aprobación del balance, estado de resultados y la restante documentación aludida por el art. 234, inc. 1º de la ley 19.550, corresponde a la asamblea considerar el destino de las utilidades de los ejercicios, que pueden ser distribuidas entre los accionistas, reservadas para fines específicos o capitalizadas (arts. 68, 70, 189, 224, etc.); el análisis de la gestión desarrollada por los directores y síndicos (art. 275) y aprobar la remuneración de los mismos (art. 261).

En cuanto a la primera cuestión, resulta obvio que si del balance y estado de resultados surgen beneficios, los directores deberán formular a la asamblea una propuesta, para su aprobación o rechazo por los accionistas. Los arts. 66 y 68 de la ley 19.550 reconocen claramente la íntima conexión entre la formulación y aprobación del balance, y la propuesta de distribución de dividendos, a punto tal que esta última disposición legal prescribe que los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas

resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto, y aprobado por el órgano social competente.

Por otro lado, la merituación de la conducta de los administradores es consecuencia directa de la naturaleza de los estados contables, pues es en tal oportunidad cuando los accionistas toman conocimiento de la gestión desarrollada y emiten juicios sobre ella, pudiendo incluso removerlos, aunque la cuestión no esté incluida en el orden del día (art. 276). El párrafo final del art. 234 de la ley 19.550 ratifica lo expuesto, cuando prescribe que la designación de los directores y miembros del órgano de fiscalización debe ser convocada en el mismo término que el establecido para la aprobación de los estados contables.

La asamblea que considera los estados contables puede modificar esos documentos, bien como consecuencia del debate que se promueve en el curso de la reunión, o por las observaciones formuladas sobre ellos por la sindicatura o el consejo de vigilancia(165). El directorio, en tales supuestos deberá rectificar los mismos, por expresa imperatividad del último párrafo del art. 233 de la ley 19.550, que obliga al órgano de administración a cumplir con las resoluciones asamblearias.

Para considerar los puntos incluidos en el inc. 1º del art. 234 de la ley 19.550 el directorio debe convocar la asamblea ordinaria dentro de los cuatro meses del cierre de ejercicio. No obstante ello, su demora no afecta la validez del acuerdo asambleario que los aprobare, rectifique o rechace, sino que incide sobre la responsabilidad de los administradores, constituyendo su incumplimiento, además, suficiente causal de remoción por justa causa. Los accionistas pueden intimar al directorio para la convocatoria a asamblea, o solicitar la misma por vía judicial, en los términos del art. 236 de la ley de sociedades comerciales.

Es frecuente que, convocada la asamblea fuera del plazo previsto por el art. 234 in fine de la ley 19.550, se incluya como punto del orden del día, "las razones de la convocatoria fuera de término", durante el cual los administradores y síndicos intentarán justificar su morosa actuación. La cuestión se gobierna, como hemos visto, por el art. 275 de la ley en análisis, y la responsabilidad de los mismos por tal demora puede ser eximida por los accionistas, siempre y cuando no medie una oposición del cinco por ciento del capital social. No aprobada la eximición de responsabilidad, pueden ser promovidas contra los directores y síndicos las acciones previstas peor los arts. 276 a 279 de la ley 19.550, siempre y cuando dicho incumplimiento haya provocado daños y perjuicios a la sociedad.

Por último, al referirse el artículo a "toda otra medida relativa a la gestión social", alude a la posibilidad de abocarse la asamblea a la autorización o ratificación de determinados actos del directorio, cuya realización puede no coincidir con el objeto social, o cuya importancia económica: haga aconsejable una decisión de los accionistas. Ello resulta del propio texto legal, cuando establece que la asamblea puede en tal caso ser convocada por el directorio, consejo de vigilancia o sindicatura, sin perjuicio de que el estatuto haya previsto el supuesto. Pero entiéndase bien: la existencia de un acuerdo asambleario sosteniendo la gestión del directorio no descarta la responsabilidad de los directores o miembros del órgano de fiscalización (art. 274 de la ley 19.550), pero sí compromete la

responsabilidad de los accionistas que votaron favorablemente, en los términos del art. 254, párrafos 1º, de la ley en análisis.

b) Designación y remoción de los directores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia, y fijación de su retribución. La designación y remoción de los administradores y miembros de los órganos de fiscalización es también competencia de la asamblea ordinaria de accionistas, quienes decidirán esas cuestiones con las mayorías previstas por el art. 243 de la ley 19.550. Sin embargo, la norma sufre dos excepciones:

1. Cuando existen diversas clases o categorías de acciones, el estatuto puede prever que cada una de ellas elija uno o más directores, síndicos o consejeros, a cuyo efecto reglamentará la elección (arts. 262 y 280), pudiendo los accionistas integrantes de cada clase, reunirse en asamblea especial y decidir el supuesto en los términos del art. 243, de la ley 19.550, por expresa remisión del art. 250.

2. En el supuesto de existir un consejo de vigilancia, la elección de los integrantes se efectúa, como principio general, a través de los sistemas previstos en los arts. 262 y 263 —elección por categoría de acciones y por voto acumulativo (art. 280)— y recién, en su defecto, se recurrirá a la decisión mayoritaria de accionistas en asamblea ordinaria de accionistas. Consecuentemente, la remoción se llevará a cabo a través de los sistemas citados, salvo que alguno de sus miembros incurra en causal de inhabilidad o incompatibilidad, o decidirse su responsabilidad, en cuyos supuestos su remoción será resuelta por la asamblea general ordinaria.

El procedimiento legislado por el art. 263 de la Ley de Sociedades Comerciales, que permite el acceso al directorio de representantes de la minoría, pero sólo hasta cubrir el tercio de las vacantes a llenar, no configura otra excepción al sistema general previsto por el art. 234, inc. 2º, pues en tal caso, los restantes directores o integrantes del órgano de fiscalización deberán ser designados por la voluntad mayoritaria de accionistas.

La remoción de los directores, síndicos y consejeros de vigilancia por la asamblea ordinaria, no requiere justa causa, careciendo por tanto aquellos de legitimación para impugnar la correspondiente resolución asamblearia. Ello no implica que el accionista individualmente carezca de derecho para solicitar la remoción de los directores o síndicos, pero en tal caso deberá invocar la existencia de graves motivos para justificar su desplazamiento, luego de agotar los recaudos previstos en la ley 19.550. Pero en este supuesto, y a diferencia de aquel, el director cuestionado debe conservar el cargo hasta la sentencia judicial que lo remueva, sin perjuicio de su separación precautoria, en los términos de los arts. 113 y ss. de la ley de sociedades comerciales, que legisla sobre la intervención judicial en la administración de la sociedad, mientras dura el juicio de remoción.

En cuanto a la retribución de quienes integran los órganos de administración y control, su determinación es competencia de la asamblea ordinaria, la cual deberá no sólo fijar la cantidad, sino también el plazo del pago y las proporciones en caso de estar formados dichos órganos por más de un integrante. Debe

tenerse en cuenta al decidirse esta cuestión, el límite impuesto por el art. 261 para los directores y miembros del consejo de vigilancia, cuya retribución no puede exceder el veinticinco por ciento de las ganancias del ejercicio. Esta disposición no rige en principio para la determinación de la remuneración de la sindicatura, pues, a diferencia del consejo de vigilancia, carece aquella de tal injerencia en la gestión empresaria, limitándose al control de legalidad del órgano de administración, aunque nada obsta a que uno de los parámetros a tener en cuenta a los fines de determinar la remuneración del síndico sean las ganancias del ejercicio.

c) Responsabilidad de los directores, síndicos y miembros del Consejo de vigilancia. El acuerdo asambleario que decide la responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración y fiscalización es competencia de las asambleas ordinarias, aun cuando pueda ser decidida también por los accionistas reunidas en asambleas extraordinarias, toda vez que la responsabilidad de aquellos pueda ser decidida válidamente en esta cuando sea consecuencia directa de la resolución de asuntos incluidos en cuestiones de su competencia. Por ello es que el art. 275 de la ley 19.550, consagrando una excepción al art. 246, párrafos 1º, prescribe que no afecta la validez de una resolución de tal naturaleza la circunstancia de no constar en el orden del día respectivo, lo cual es de toda lógica si se tiene en cuenta que carece de sentido prolongar la permanencia de un director, síndico o consejero de vigilancia cuando los accionistas han constatado su falta de idoneidad.

La eximición de responsabilidad decidida por la asamblea en relación con la conducta de aquellos funcionarios no obliga a los accionistas disconformes, quienes pueden ejercer la denominada "acción social individual de responsabilidad", siempre y cuando éstos hubieran efectuado la oposición prevista por el art. 275 de la ley societaria.

d) Aumento de capital conforme al art. 188. Para las sociedades que no realicen oferta pública de sus acciones, el incremento del capital social hasta el quíntuplo de su valor constituye, como quedó aclarado, una reforma estatutaria, y por ello su inclusión parecería no justificarse en la enumeración efectuada por el art. 234, pues como principio general, las modificaciones al contrato social son de competencia exclusiva de las asambleas extraordinarias.

Sin embargo, el legislador, consciente de que el aumento de capital es un remedio frecuente para paliar los efectos del deterioro del signo monetario y un mecanismo de financiación interna, ha pretendido con su inclusión en el art. 234, facilitar la adopción de tales resoluciones, evitando el quórum exigido para las asambleas extraordinarias, cuya ausencia podría afectar las expectativas de la sociedad de obtener capital necesario para su desarrollo. Pero ello siempre y cuando esa decisión haya sido autorizada estatutariamente, y el aumento de capital no exceda el quíntuplo de su monto, pues de lo contrario sólo la asamblea extraordinaria tiene facultad para decidir una cuestión de tal naturaleza.

Por el contrario, para las sociedades que realizan oferta pública de sus acciones, la decisión de aumentar el capital social es siempre competencia de la asamblea ordinaria, de conformidad a la reforma que el art. 188 efectuara la ley 22.686.

Art. 235.—

Asamblea extraordinaria. Corresponden a la asamblea extraordinaria todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria, la modificación del estatuto y en especial:

1) Aumento de capital, salvo en el supuesto del art. 188. Sólo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago;

2) Reducción y reintegro del capital;

3) Rescate, reembolso y amortización de acciones;

4) Fusión, transformación y disolución de la sociedad; nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores; escisión; consideración de las cuentas y de los demás asuntos relacionados con la gestión de éstos en la liquidación social, que deban ser objeto de resolución aprobatoria de carácter definitivo;

5) Limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones conforme al art. 197;

6) Emisión de debentures y su conversión en acciones;

7) Emisión de bonos.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 77, 83, 88, 94, 102 y ss., 188, 197, 203, 223, 227, 235 y ss.; resolución general 7/2015 Inspección General de Justicia, arts. 48, 81, 83, 85, 154, 169, 188, 200, 430, 490. LSC Uruguay: arts. 341, 343.

§ 1. Competencia de las asambleas extraordinarias

El primer párrafo del art. 235 de la ley 19.550 contempla tres hipótesis de competencia exclusiva de asambleas extraordinarias:

a) Aquellos asuntos que no sean de competencia de las asambleas ordinarias. La asamblea extraordinaria deberá considerar por exclusión todas aquellas cuestiones que la ley no haya enumerado en el art. 234. Ello, lejos de dar claridad a uno y otro temario, facilitando correctas convocatorias, choca con lo dispuesto por el inciso primero de este último artículo, en cuanto dispone como de

competencia de la asamblea ordinaria, "toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad", creando una zona gris que dependerá en definitiva de las circunstancias de cada caso y de la importancia económica del asunto a considerar.

b) Las modificaciones del Estatuto. Con excepción del aumento de capital en los términos del art. 188 de la ley en análisis, entran en esta definición la transformación, prórroga, disolución anticipada, transferencia de domicilio al extranjero, cambio de objeto social, aumento y reducción del capital, fusión, escisión, cualquiera que sea la naturaleza del acto, cambio de fecha de cierre del ejercicio, etcétera.

c) Otros supuestos especialmente contemplados por el art. 235. Entre ellos corresponde señalar el reintegro del capital social, rescate, reembolso y amortización de acciones; nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores; consideración de sus cuentas y los demás asuntos relacionados con la gestión de estos en la liquidación de la sociedad, que deban ser objeto de resolución aprobatoria de carácter definitivo; limitación y suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones, emisión de debentures y su conversión en acciones y emisión de bonos.

Art. 236.—

Convocatoria: oportunidad, plazo. Las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio o el síndico en los casos previstos por la ley, o cuando cualquiera de ellos lo juzgue necesario o cuando sean requeridas por accionistas que representan por lo menos el 5 % del capital social, si los estatutos no fijaran una representación menor.

En este último supuesto la petición indicará los temas a tratar, y el directorio o el síndico convocará la asamblea para que se celebre en el plazo máximo de 40 días de recibida la solicitud.

Si el directorio o el síndico omite hacerlo, la convocatoria podrá hacerse por la autoridad de control o judicialmente.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 61, 237, 246, 281 inc. b), 294 inc. 8º, 346 a 348; Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia: arts. 156 a 160; LSC Uruguay: art. 344.

§ 1. Convocatoria. Legitimación para llevarla a cabo

La ley de sociedades comerciales contempla al directorio como órgano natural convocante de las asambleas de accionistas, sea ésta ordinaria o extraordinaria, y en su defecto, se encuentra legitimada la sindicatura o el consejo de vigilancia para hacerlo, lo cual requiere determinadas aclaraciones, pues la ley 19.550 ha incurrido en graves contradicciones que oscurecen el panorama. Por su parte, los accionistas carecen de toda posibilidad de autoconvocarse, estando solo facultados para requerir del directorio o la sindicatura que lo hagan, reservándose en caso de incumplimiento por parte de éstos órganos, el derecho de pedir judicial o administrativamente —a la Inspección General de Justicia— esa convocatoria, cumpliendo al respecto los requisitos previstos por el art. 236 in fine de la ley 19.550.

En cuanto a la legitimación del directorio, la atribución de convocar a una asamblea de acciones es competencia exclusiva de dicho órgano como tal, y no de los directores en forma individual, por lo tanto, si no existe decisión del directorio al respecto, y la convocatoria fue decidida por la mera voluntad del presidente o del vicepresidente, ella es nula, de nulidad absoluta, así como todo lo que pudiera resolverse en ese acto asambleario, salvo que concurran al mismo el cien por ciento de los accionistas y decidan todo por unanimidad, en cuyo caso la declaración de invalidez carecerá de interés para nadie. Ha resuelto la Inspección General de Justicia, en el expediente "Los Algodonales Sociedad Anónima"[(166)], que no suple la omisión del acto orgánico de la convocatoria a asamblea de accionistas, la circunstancia de que el otro director haya estado presente en la asamblea y no haya formulado observaciones a la convocatoria, que fue resuelta exclusivamente por el presidente, sin decisión del directorio, desde que ello no puede importar la expresa convalidación de los vicios anteriores con la presencia y anuencia del cien por ciento del capital social, sino tan solo evidencia, de parte de dicho director, el ejercicio de su derecho y cumplimiento de su obligación de concurrencia al acto, conforme lo dispuesto por el art. 240 de la ley 19.550.

En lo relacionado con la legitimación de la sindicatura para convocar a un acto asambleario, ella está consagrada en el art. 236, que la limita "a los casos previstos por la ley", cuando lo considere necesario o —finalmente— a pedido de determinados accionistas.

Esta norma debe complementarse con lo dispuesto por el art. 294 inc. 7º de la ley 19.550, que detalla las funciones de la sindicatura, aunque debe observarse que existe una evidente contradicción entre lo dispuesto por esa norma con el principio general que en materia de convocatoria a asambleas consagra el art. 236 de la ley societaria.

Este último precepto establece que: "Las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio o el síndico en los casos previstos por la ley, o cuando cualquiera de ellos lo juzgue necesario o cuando sean requeridas por accionistas que representen por lo menos el 5 % del capital social (...)", mientras que el art. 294, inc. 7º, si bien autoriza al síndico a convocar directamente a la asamblea extraordinaria, "cuando lo juzgue necesario", debe previamente

intimar al directorio para hacerlo cuando se trata de asambleas ordinarias o especiales.

Ambas normas resultan incompatibles, resultando estériles todos los esfuerzos que la doctrina ha efectuado para compatibilizarlas[167]y parece conclusión necesaria pronunciarnos por la supremacía del principio general previsto por el art. 236 de la ley 19.550, que por otro lado está ratificado por el art. 281, inc. b), referido al consejo de vigilancia, que no discrimina entre los diversos tipos de asambleas, sin que nada justifique diferenciar las atribuciones que en esta materia puedan existir entre uno y otro órgano de control.

El deber de ejercer el control de legalidad sobre toda actuación societaria que pesa sobre la sindicatura (art. 294, inc. 9º) solo puede ser cumplido eficazmente en la medida en que este órgano pueda contar con los caminos más directos para evitar que la ilegítima conducta de los restantes órganos sociales puedan ocasionar perjuicios concretos a la sociedad y en tal sentido, la posibilidad de convocar a los accionistas para adoptar las decisiones correspondientes debe ser una vía a la cual no debe someterse ningún requisito previo.

Así pareció entenderlo la ley 19.550 con relación a las asambleas extraordinarias, pero, con respecto a las ordinarias o especiales, subordina su actuación a una actividad omisiva del directorio, cuando por el contrario, es el propio art. 234 inc. 1º (referido precisamente a la competencia de las asambleas ordinarias) la que establece la injerencia de la misma para resolver sobre toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le competa resolver conforme a la ley, estatuto, o que sea sometida a su decisión por el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos. Con otras palabras, la actuación de la sindicatura frente a determinadas inconductas de los directores encuentra su obligatorio camino en la convocatoria a asamblea ordinaria para que los accionistas tomen conocimiento de lo acontecido o resuelvan, en consecuencia, ya sea la remoción de los administradores o la instrucción para que actúen en sentido diverso. Subordinar esa vía a la previa inacción del directorio, que por lo general no tendrá interés alguno en convocar a los accionistas, impone un requisito que solo dilatará la adopción de acuerdos sociales necesarios para poner fin a una actuación desviada.

Si a ello se le agrega que, como bien lo sostiene Halperin[168], que salvar las omisiones del directorio en la convocatoria oportuna es cumplir activamente el control de legalidad que a la sindicatura le ha sido confiada, no hay argumentos de suficiente peso para justificar la diferencia que el art. 294 inc. 7º de la ley 19.550 efectúa, en cuanto al deber de la sindicatura, de convocar a asambleas extraordinarias u ordinarias.

Debe finalmente tenerse en cuenta que la ley ha previsto determinados supuestos en los cuales la sindicatura debe prescindir de la intimación al directorio para la convocatoria a asamblea ordinaria, como sucede en los casos previstos por los arts. 265 y 294, inc. 10 de la ley en análisis, esto es, cuando se trata de convocar a una asamblea para remover a un director que ha incurrido en cualquiera de las prohibiciones o incompatibilidades previstas por el art. 264

o cuando se trata de hacer saber a la asamblea de accionistas los resultados de una determinada denuncia de mal desempeño o ilegítima actuación del directorio.

Algunas aclaraciones sobre el texto del primer párrafo del art. 236 de la ley 19.550:

1. Que lo expuesto en materia de competencia para convocar a los actos asamblearios es aplicable a las asambleas ordinarias y extraordinarias.

2. Con relación a la facultad del consejo de vigilancia para convocar a asambleas, cuya omisión en el art. 236 no resulta explicable, la facultad de convocar surge del art. 281, inc. b) de la ley 19.550, convocatoria que puede efectuarla cuando lo estime conveniente y cuando lo requiera el accionista en los términos del art. 236 de la ley 19.550, atribución que resulta más amplia que la concedida a la sindicatura, la cual sólo puede convocar a asamblea extraordinaria, en cualquier tiempo.

3. Existiendo sindicatura plural o comisión fiscalizadora, el síndico disidente deberá convocar a asamblea en forma unilateral, pues la voluntad mayoritaria de este órgano no exime a aquel del cumplimiento de lo impuesto por el art. 294, inc. 7º de la ley societaria. En cuanto a los consejeros disidentes, la solución varía, pues el art. 282 establece que estos podrán convocar a asamblea de accionistas para que tomen conocimiento y decidan acerca de la cuestión que motiva su disidencia, siempre y cuando su número no sea menor del tercio de la totalidad de los integrantes del consejo de vigilancia.

Finalmente, es útil recordar que la convocatoria a asamblea y su correspondiente publicación en el Boletín Oficial debe precisar el lugar donde se ha de celebrar la misma, así como su fecha y hora, datos todos éstos que deben estar debidamente precisado, pues ello hace a la imprescindible publicidad del acto asambleario y al ejercicio del control a que está sujeta la sociedad.

§ 2. Las denominadas asambleas "autoconvocadas". La cuestión en la ley 19.550. Aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación

Si bien la ley 19.550 autoriza a los accionistas a tener injerencia en el procedimiento de convocatoria a asamblea, en tanto esta convocación puede ser solicitada al directorio u órgano de control interno por los accionistas que representen por lo menos el cinco por ciento del capital social, si los estatutos no fijaran una representación menor, debiendo necesariamente indicar los temas a tratar, ello no autoriza a autorizar lo que en el lenguaje ordinario se denomina como "asambleas autoconvocadas", que tiene lugar cuando los accionistas se

reúnen en asamblea sin la existencia de convocatoria previa efectuada por los sujetos legitimados en el primer párrafo del art. 236 de la ley 19.550.

La Inspección General de Justicia, en las épocas que estuve a cargo de dicho organismo (2003-2005) debió resolver en algunos precedentes la validez de ese procedimiento, de muy común utilización en nuestro panorama societario, a pesar de su evidente ilegitimidad, y como las conclusiones a que llegó este organismo reflejan obviamente mi manera de pensar sobre las "asambleas autoconvocadas", pasaré directamente a exponer lo sucedido en esos casos.

Los antecedentes de los casos "Comital Convert SA" como "Don Crescencio SA", que merecieron por parte de la autoridad de control el dictado de las resoluciones 1452 del 11 de noviembre de 2003 y 1461 del 17 de ese mismo mes y año, respectivamente, fueron idénticos en cuanto a su origen, pues ambas sociedades requirieron de la Inspección General de Justicia la inscripción de determinados actos societarios, aprobados por sendas asambleas de accionistas, que habían sido "autoconvocadas", esto es, asumiendo el rol de órgano convocante la misma asamblea de accionistas que acto seguido pasó a deliberar, en franca contraposición con lo expresamente prescripto por el art. 236 de la ley 19.550, para el cual los únicos órganos que pueden convocar a una asamblea es el directorio, el órgano interno de control, la justicia o la autoridad de control, no haciendo dicha norma la menor alusión a la posibilidad que una asamblea de una sociedad por acciones pueda celebrarse como consecuencia de una autoconvocatoria.

La Inspección General de Justicia, desde antiguo, había sostenido que la atribución de convocar a la asamblea es del directorio, como órgano social (art. 236 de la ley 19.550) y que la división y funcionalidad orgánica de las sociedades anónimas guardan estrecha relación con los rasgos tipificantes de las mismas, constituyendo institutos orientados al mantenimiento de la seguridad jurídica en la adopción de decisiones que luego serán imputada a la sociedad. Se sostuvo asimismo que la asamblea de accionistas no es solo el acto colegial en el cual son adoptadas dichas decisiones, sino que es además producto de un procedimiento reglado de carácter formal, no siendo disponibles en ninguno de ambos aspectos sus requisitos de validez, sino que los mismos son suplidos en los casos y en las condiciones que, en supuestos puntuales, establece la propia ley 19.550 (arts. 237 primero y cuarto párrafo, artes. 246 y 276)[169].

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia judicial también habían consolidado el criterio de la necesaria independencia de los actos societarios, cuya realización responde a una distribución de competencia de carácter inderogable, orientado al mantenimiento de la seguridad jurídica en la adopción de decisiones que luego serán imputados a la sociedad[170]. A tal punto fue sostenida esa independencia orgánica que calificada doctrina estimo que el vicio de competencia del órgano motiva una nulidad absoluta inconfirmable e imprescriptible, en los términos de los arts. 1047 y 4023 del Código Civil[171]. De manera tal que, siguiendo a este criterio, que es considerado uniforme en nuestra jurisprudencia, la convocatoria a asamblea de accionistas por el mismo órgano de gobierno, constituye un acto nulo de nulidad absoluta, imprescriptible e

inconfirmable, en tanto la referida convocatoria se encuentra a cargo del directorio, la sindicatura, la justicia o la autoridad de control.

Nada obsta a lo expuesto, como se dijo en los precedentes administrativos en consideración, que se trate de una asamblea unánime, celebrada en los términos del art. 237 in fine de la ley 19.550, pues ella constituye solo una modalidad en la celebración de los actos asamblearios, pero no autoriza a prescindir del requisito de la convocatoria por parte de los sujetos autorizados para ello, entre quienes, se reitera, no se encuentra la propia asamblea de accionistas.

Todos estos argumentos fueron expuestos por la Inspección General de Justicia, para denegar la inscripción en el Registro Público de Comercio de los actos societarios pretendidos por las sociedades "Comital Convert SA" y "Don Crescencio SA", que no recurrieron ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, las aludidas resoluciones, que quedaron firmes. Sin embargo, la reacción contra este criterio vino de la mano de la doctrina, en un extenso artículo de autoría de Rafael Monsegur[(172)], quien fundó la tesis contraria en tres argumentos: a) La existencia de anteriores resoluciones de la Inspección General de Justicia, dictadas durante la década del 70, que consagraban un criterio diferente; b) El silencio que sobre ellas guardó la resolución general 6/1980, denominada "Normas de la Inspección General de Justicia", que recopiló la anterior normativa de la autoridad de control y c) El carácter soberano que reviste la asamblea de accionistas.

Dichos argumentos no convencieron, pues:

a) Nada disponía la resolución general IGJ 6/1980 de la Inspección General de Justicia que pudiera presumir la aceptación de las asambleas autoconvocadas. Muy por el contrario, cuando en el Capítulo V de esa normativa administrativa, el art. 48 hacía referencia a la documentación que resultaba necesario acompañar a la autoridad de control con anterioridad a la celebración de asambleas de sociedades sometidas a fiscalización permanente, exigía expresamente la copia íntegra del acta de la reunión de directorio en que se resolvió convocar a la referida asamblea, sin exceptuar de esa obligación a las asambleas unánimes, a las cuales, no obstante, se los exceptuaba de cumplir con otros requisitos, pero no aquel (art. 50).

b) Por otro lado, si se recuerda que el art. 2º de dicha resolución general IGJ 6/1980, vigente hasta el año 2005, derogó todas las resoluciones dictadas por el Organismo de Control hasta la fecha de su vigencia (1980) quedando prohibido a los Inspectores invocar o citar la doctrina de resoluciones particulares que no coincidan con las Normas incluidas en la resolución general 6/1980, es conclusión evidente que aquella normativa anterior emanada de dicho Organismo, citada por Monsegur, había perdido toda vigencia y obligatoriedad.

c) Asimismo, y a diferencia de lo sostenido por esta aislada doctrina, el supuesto carácter "soberano" del acto asambleario constituye un mero clisé o lugar común al cual se recurría durante la vigencia del Código de Comercio en materia de sociedades comerciales, para ratificar un supuesto carácter "supremo" de las decisiones de los accionistas, adoptadas en asambleas, pero que hoy, vigente

la ley 19.550 carece de toda legalidad, aún en las asambleas unánimes. Bien enseña Isaac Halperin que no hay en el órgano de gobierno de la sociedad tal carácter supremo, ya que las deliberaciones valen solo en los límites de sus facultades legales y estatutarias, a punto tal que, conforme lo dispuesto por el art. 251 de la referida ley, las decisiones de la asamblea pueden ser resistidas por el accionista y deben serlo por el directorio o un director, por el síndico, quienes deben impugnarlas cuando sean violatorias de la ley, el estatuto o reglamento(173).

d) Finalmente repárese que cuando el legislador societario ha querido imponer tal criterio, lo ha hecho expresamente y así surge del art. 159 de la ley 19.550 para la adopción de acuerdos sociales en las sociedades de responsabilidad limitada, cuando dispone la validez de las decisiones adoptadas por los socios que resultan de declaración escrita en la que todos ellos expresan el sentido de su voto, en cuyo caso, obvio es señalarlo, no se requiere convocatoria por parte de la gerencia de la entidad. La ausencia de toda previsión legal semejante para las sociedades por acciones es la mejor prueba que el legislador la consideró solo conveniente para las sociedades por cuotas.

La admisión de la legalidad de la "autoconvocatoria" por parte de la asamblea de accionistas importa como beneficio que los accionistas pueden disponer, en el acto, de la posibilidad de adoptar decisiones, evitando la demora que provoca una convocatoria por el directorio, hipótesis que en la práctica se presenta cuando existe un conflicto entre los accionistas y el órgano de administración de la sociedad. Sin embargo, y más allá de esa utilidad, que no merece objeciones, aunque solo parece posible admitirla —obviamente por vía de una reforma legislativa— para el caso de las asambleas unánimes (art. 237 in fine de la ley 19.550), no tenía recepción en nuestra doctrina, que en opinión casi unánime, rechaza esa posibilidad(174).

La resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2005 —"Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia"— nada prescribió sobre la cuestión, pues se consideró desde todo punto de vista innecesario ratificar normativamente la falta de legitimación de la asamblea de accionistas para autoconvocarse, que, como hemos visto, es cuestión que, salvo las contadísimas opiniones antes analizadas, tiene expreso consenso por parte de la doctrina nacional.

Sin embargo, la solución al problema, de significativa repercusión práctica, vino de la mano en el año 2015, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, que en el capítulo referente a las personas jurídicas (arts. 141 a 167), dedicó una norma jurídica especial al gobierno, administración y fiscalización de las mismas, contemplando el problema de las asambleas autoconvocadas.

En efecto, el inc. b) del art. 158 del CCyCN autorizó expresamente que los miembros que deben participar en una asamblea o los integrantes del consejo, pueden autoconvocarse para deliberar, sin necesidad de citación previa, aclarando, con todo fundamento, que las decisiones que se tomen son válidas si concurren todos y el temario a tratar es aprobado por unanimidad.

Se consagró legalmente, de esa manera y para todas las personas jurídicas, la posibilidad de autoconvocarse por parte de la "asamblea o los integrantes del consejo", superando una antigua polémica en torno a esta manera de proceder, habida cuenta que la realidad demostró, en numerosas ocasiones, la reticencia del órgano convocante para llevar a cabo un acto asambleario, en donde la continuidad de los integrantes de aquel iba a estar en discusión. Ello constituye una situación que se presenta, por lo general, ante la venta del paquete accionario mayoritario de una sociedad comercial, en donde se espera que los directores presenten su renuncia a los fines de permitir el acceso a la administración a los nuevos dueños del paquete de control, obligando a éstos —ante la negativa u omisión a proceder a la convocatoria de la asamblea en donde se renovarán los miembros del directorio— a requerir a la justicia o a la autoridad de control, la convocatoria a dicho acto asambleario, procedimiento que por lo general lleva varios meses de tramitación, con los perjuicios que de ello podría derivarse.

Debe destacarse que la autoconvocatoria se refiere a la asamblea o al órgano de gobierno, descartando su procedencia en los demás órganos sociales, pues la referencia a los "integrantes del consejo" que hace el inc. b) del art. 158 solo debe entenderse comprensiva del consejo de administración de las fundaciones, que tienen a su cargo el gobierno y administración de las mismas, pero no a los otros órganos de administración de las demás personas jurídicas(175), pues con respecto al órgano de administración, no se presenta el caso de las asambleas o reuniones de socios, toda vez que su convocatoria no depende de la voluntad de otro órgano, como sucede en las sociedades comerciales, sino del presidente del mismo directorio, gerencia, comisión directiva, consejo de administración o como quiera que se denomine al cuerpo colegiado que tenga a su cargo la administración y/o representación de la entidad.

La validez de las asambleas autoconvocadas están sujetas a los siguientes requisitos que —de alguna manera— las emparentan con las asambleas unánimes de sociedades comerciales, previstas en el art. 237 último párrafo de la ley 19.550, en tanto esta última norma requiere la presencia de los accionistas que representen la totalidad del capital social y que las decisiones se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto. Sin embargo, el inc. b) del art. 158 del Código Civil y Comercial de la Nación exige, para la validez de las asambleas autoconvocadas, la necesidad que concurran todos los accionistas, pero no exige que las decisiones se adopten por unanimidad, la cual solo se requiere para la aprobación del temario. Ello me parece un verdadero acierto, pues nada justifica —ni lo justifica tampoco para las asambleas unánimes de las sociedades anónimas— la unanimidad en las decisiones adoptadas, pues si todos los accionistas están presentes, el régimen de mayorías debe ser idéntico al previsto para las asambleas en los arts. 243 y 244 de la ley 19.550. Repárese finalmente que esta misma solución ha sido prevista expresamente para las asambleas de copropietarios del consorcio de propiedad horizontal, cuando, en el art. 2059 del Código Civil y Comercial de la Nación, se prescribe que "La asamblea puede autoconvocarse para deliberar. Las decisiones que se adopten son válidas si la auto convocatoria y el temario a tratar se aprueban por una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios".

Las normas de la Inspección General de Justicia obrantes en la resolución general 7/2015 se refieren parcialmente al tema de las asambleas autoconvocadas en su art. 85, cuando prescribe que, "A los fines de la inscripción de actos ante este Organismo o su fiscalización, serán admisibles las asambleas que subsanen, convaliden y/o aprueben expresamente el defecto o falta de convocatoria a las mismas por parte del órgano de administración —o el síndico en su caso—, en la medida en que participe el cien por ciento de las acciones con derecho a voto y sus decisiones sean tomadas por unanimidad", con lo cual se acepta restringidamente la validez de las asambleas autoconvocadas, pues dicha norma solo la admite ante la falta de convocatoria por parte de los órganos de administración y/o fiscalización, lo cual configura una interpretación sumamente restricta de la norma del art. 158 inc. b) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Queda por resolver si la norma del inc. b) del art. 258 del Código Civil y Comercial de la Nación es aplicable a las sociedades comerciales o a las demás personas jurídicas no societarias, pero considero que no existiendo prohibición expresa en la ley 19.550 en torno a la autoconvocatoria, y habiendo sido desautorizada la misma con anterioridad a la sanción de la ley 26.994 como consecuencia de una interpretación armónica de las disposiciones de la ley 19.550, resulta válido interpretar que, tratándose la disposición del art. 258 inc. b) del código unificado de una norma imperativa, ésta es plenamente aplicable al régimen societario argentino, ante la ausencia de otra norma de la misma naturaleza en contrario (art. 150 del Código Civil y Comercial de la Nación).

§ 3. La convocatoria judicial a asamblea de accionistas

3.1. Finalidad y naturaleza del procedimiento de convocatoria judicial o administrativa a asambleas de accionistas

El art. 236 de la Ley de Sociedades Comerciales prescribe que las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio o el síndico, en los casos previstos por la ley, o cuando cualquiera de ellos lo juzgue conveniente o cuando sean requeridas por accionistas que representan por lo menos el cinco por ciento del capital social, si los estatutos no fijaren una representación menor. En este supuesto, la petición indicará los temas a tratar y el directorio o el síndico convocará la asamblea para que se celebre en el plazo máximo de cuarenta días de recibida la solicitud. Si el directorio o el síndico omite hacerlo, la convocatoria podrá hacerse por la autoridad de control o judicialmente.

La convocatoria judicial o administrativa a asamblea de accionistas no constituye —procesalmente hablando— una acción de carácter contencioso, que deba necesariamente sustanciarse con la sociedad, sino una vía judicial para hacer respetar el derecho de quien pretenda la convocatoria del órgano de gobierno de la sociedad, revistiendo el carácter de un procedimiento voluntario, frente al cual

el juez ordena sin más, verificados ciertos extremos, la realización de la convocatoria. Con otras palabras, el procedimiento previsto por el art. 236 in fine de la ley 19.550 tiene como finalidad prestar apoyo judicial al derecho del socio a reunirse en asamblea, cuando este derecho haya sido vulnerado o desconocido por el directorio(176)y si bien nuestros tribunales han admitido en alguna oportunidad, la necesidad de correr traslado a la sociedad del pedido de convocatoria judicial a asamblea, ello ha sido una corriente jurisprudencial aislada, pues como hemos dicho, la naturaleza voluntaria del proceso contenido en la norma en análisis es cuestión que no ofrece la menor discusión(177), calificación que tiene enormes efectos en lo que se refiere al régimen de apelación de la resolución que resuelve la convocatoria y en materia de regulación de honorarios, como oportunamente se verá.

De manera tal que, presentada a los tribunales el pedido de convocatoria judicial a asamblea, el magistrado interviniente solo debe comprobar el cumplimiento de los requisitos previstos por la norma en análisis, y ordenada dicha convocatoria, solo corresponde hacer saber a la sociedad que deberá poner a disposición del tribunal los libros sociales a los fines de cumplir con los procedimientos propios de la convocatoria y celebración de asambleas y los libros sociales, cuando fuere menester hacerlo de acuerdo al contenido del temario del acto asambleario. La sociedad asimismo deberá colaborar con el presidente de la asamblea, que deberá ser designado por el juez que ordenó la convocatoria, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 242 de la ley 19.550.

La sociedad no podrá, de modo alguno interponer recurso alguno contra la resolución que dispuso la convocatoria judicial a asamblea, la cual ha sido, con toda razón, considerada como inapelable(178), pues el procedimiento previsto por el art. 236 in fine de la ley 19.550 solo tiende a facilitar al accionista el ejercicio del derecho de deliberar y emitir su voto en cuestiones que son de competencia de la asamblea de accionistas, cuya convocatoria no ha sido efectuada por el directorio cuando correspondía hacerlo, de modo que resultaría intolerable que deba promoverse un juicio de amplio conocimiento para permitirle a un integrante de una sociedad ejercer el referido derecho. Como bien ha sido resuelto, el legislador no ha podido pensar que un procedimiento judicial, en el que la actuación de limita a sustituir la inactividad, culposa o no, de los administradores, puedan éstos formular oposición a la decisión judicial(179).

Y lo mismo acontece con la resolución de la Inspección General de Justicia que admita la convocatoria administrativa a asamblea de accionistas a realizarse en la sede del Organismo de Control, pues como ha sido resuelto, considerar apelable la resolución de la Inspección General de Justicia que dispuso la convocatoria a una asamblea de accionistas en los términos del art. 236 in fine de la ley 19.550 importaría desvirtuar el carácter inaudita parte del procedimiento previsto por dicha norma, pues si se parte de la idea que el trámite previsto por el art. 15 de la ley 19.550 es inaplicable a este tipo de procesos, toda vez que las previsibles dilaciones que se deriven de la sustanciación de un proceso de conocimiento desvirtuaría la finalidad que persigue aquella norma, mal podría entonces replantearse en la alzada, una etapa contenciosa, que aparece incompatible con un procedimiento judicial o administrativo solo pensado a los efectos de posibilitar al socio o accionista el ejercicio de un

derecho considerado como esencial, cual es, el de participar, con voz y voto en una asamblea de accionistas o en una reunión de socios[180].

Podría invocarse contra ello, como ha sido resuelto en un caso muy aislado[181], que la irrecurribilidad de la resolución judicial o administrativa que dispone la convocatoria a una asamblea de accionistas no está consagrada en norma alguna, siendo principio general en derecho procesal la admisión de todo recurso contra las resoluciones generales, pero ello no es argumento decisivo, en tanto: a) Esa irrecurribilidad es propia de la naturaleza del procedimiento previsto por el art. 236 in fine de la ley 19.550, que debe ser necesariamente breve y 2) Podría aquella encontrar respaldo normativo —por vía analógica—, en lo dispuesto por el art. 781 del Código Procesal, que la consagra expresamente para el caso del pedido de exhibición de libros por un socio.

3.2. Aplicación del procedimiento previsto por el art. 236 in fine de la ley 19.550 a todos los tipos societarios

Si bien la facultad de los accionistas de requerir la convocatoria judicial a una asamblea está prevista para las sociedades anónimas, no existe el menor obstáculo para extender el mismo a todos los tipos sociales, habida cuenta que el fundamento que inspira esa norma es idéntico para todos los integrantes de sociedades comerciales. La jurisprudencia ha admitido en forma permanente la legitimación de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada para hacerlo, cumpliendo obviamente con los requisitos previstos por el art. 236 de la ley 19.550[182].

No sucede lo mismo en lo que respecta al derecho de los socios de recurrir a la Inspección General de Justicia para obtener la convocatoria a reunión del órgano de gobierno de la sociedad, habida cuenta que la fiscalización que dicho organismo ejerce sobre el funcionamiento de las sociedades comerciales se limita, en principio, a las sociedades por acciones (art. 299 de la ley 19.550 y ley 22.315).

3.3. Requisitos de procedencia del pedido de convocatoria judicial a asamblea de accionistas

El art. 236 de la ley en análisis establece el siguiente mecanismo para la celebración de una asamblea a pedido de un accionista o un grupo de ellos:

a) Que la convocatoria sea requerida por accionistas que representen por lo menos el cinco por ciento del capital social, si los estatutos no fijaran una representación menor

La ley 19.550, como lo hace en otras disposiciones, autoriza el ejercicio de un determinado derecho a la titularidad de un también determinado porcentaje de acciones (arts. 107, 236, 294 incs. 6º y 11, etc.), lo cual es, a mi juicio, un criterio discutible. Puede coincidirse que para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, el criterio legal puede ser acertado, en tanto se repare en que el ejercicio de los derechos previstos por los arts. 236 y 294 puede implica una intromisión en la vida interna de la sociedad, que es preferible no dejar en manos

de accionistas titulares de ínfimas tenencias accionarias. Sin embargo, la realidad cotidiana del desenvolvimiento de las sociedades comerciales en nuestro medio, como es de público conocimiento, revela que más de un noventa y nueve por ciento de las sociedades anónimas que existen son sociedades cerradas o de familia, en donde el paquete accionario se encuentra repartido en pocas manos, disminuyéndose entonces el peligro de una permanente intromisión por parte de los accionistas en el funcionamiento de los órganos de la persona jurídica.

Para estas sociedades, no parece aconsejable limitar el ejercicio de derechos inderogables a la titularidad de determinado porcentaje de acciones por parte de quien pretende ejercerlo, pues ello implica una limitación incompatible con el carácter de socio, máxime si se repara que, en muchos casos, el accionista deviene como tal como consecuencia de transmisiones hereditarias, que atomizan el porcentaje accionario del socio fallecido entre los herederos del mismo, casi siempre disconforme con ingresar a una sociedad de cuyo acto constitutivo no han participado.

Por otra parte, tampoco encuentra satisfactoria explicación el hecho de que el legislador requiera diferentes porcentajes para el ejercicio de sus derechos, que por lo general, están estrechamente vinculados entre sí. Ejemplo de lo expuesto lo constituye el art. 294, inc. 11 de la ley 19.550, en cuanto autoriza al accionista que representa un dos por ciento del capital social a formular denuncias a la sindicatura, quien debe convocar a asamblea de accionistas para la consideración de las mismas. Por ello, si se advierte que el art. 236 de la Ley de Sociedades Comerciales requiere un porcentaje del cinco por ciento del capital para peticionar la convocatoria judicial o administrativa a asamblea de accionistas, puede derivarse de ello que, frente a la inacción de la sindicatura en la exposición de la denuncia ante la asamblea de accionistas, quien ha formulado la misma, y cuya titularidad accionaria supera el dos por ciento del capital pero no alcanza al cinco por ciento, verá frustrados sus derechos —salvo acción judicial de remoción contra el funcionario sindical— en lograr una convocatoria a asamblea para la consideración de esa denuncia por el órgano de gobierno de la sociedad.

La representación del cinco por ciento del capital social requerido a los accionistas para la convocatoria judicial a asamblea debe ser calculado sobre el capital suscripto y no sobre el integrado[183].

Sucede con frecuencia que quien requiere la convocatoria judicial a una asamblea de accionista no puede exhibir los títulos correspondientes, por no encontrarse ellos en su poder, por no haber sido ellos distribuidos por el directorio o simplemente por no haber sido nunca emitidos, como sucede con mucha habitualidad. Ello no impide que el peticionante de la convocatoria judicial a asamblea pueda acreditar su carácter de accionista por cualquier medio de prueba (cartas documento, reconocimientos extrajudiciales, actas de asambleas donde conste su participación, constancias del libro de asistencia a asambleas o registro de acciones, etc.), correspondiendo en estos casos que el juez interviniente proceda sin más a ordenar esa convocatoria. Es más, en alguna oportunidad la jurisprudencia ha admitido le legitimación que requiere el art.

236 in fine de la ley 19.550 al accionista que invocó que la sociedad no había emitido nunca los títulos accionarios, acompañando varias intimaciones efectuadas al directorio para proceder a su entrega material, que nunca fueron contestadas por la sociedad(184).

Por el contrario, lo que resulta improcedente en este tipo de procesos, es que se pretenda discutir la legalidad de una operación de compraventa de acciones invocada por el peticionante para acreditar su calidad de accionista, pues la convocatoria judicial a asamblea prevista por el art. 236 de la ley 19.550 es una medida supletoria cuya única finalidad consiste en realizar lo que por omisión, negligencia o intencionalmente dejó de hacer el directorio, por lo que el juez interviniente no puede ir más allá de tal finalidad, pues exceder la verificación de los requisitos de admisibilidad previstos por esta norma importaría inmiscuirse en la actuación y órbita interna de la sociedad, contrariando la naturaleza de dicho procedimiento(185).

Analizando la riquísima casuística que nos exhibe la jurisprudencia en esta materia, ha sido resuelto que no procede convocar judicialmente a asamblea de accionistas si quien la solicita ha reconocido que su condición de socio está vinculado a un plexo de circunstancias que constituyen el objeto de una acción por reivindicación de acciones, pues lo contrario importaría un indebido adelanto de opinión sobre una cuestión que deberá ser decidida oportunamente(186).

¿Puede un director, aisladamente considerado, requerir la convocatoria judicial a asamblea de accionistas?

La ley 19.550 parecería no admitirlo, lo cual resulta solución cuestionable, y así lo ha entendido la Inspección General de Justicia, que dictó la resolución general 12/2006, dictada por el funcionario que se encontraba por entonces a cargo del dicho organismo, el Profesor Hugo Enrique Rossi, prescribiéndose en dicha normativa que, a los fines de la solicitud de convocatoria a asamblea de accionistas de sociedades anónimas, conforme al último párrafo del art. 236 de la ley 19.550, la Inspección General de Justicia admitirá la legitimación para efectuarla del director o directores de las sociedades que, cumpliendo con los requisitos previstos por el art. 157 párrafo primero, anexo A de la resolución general IGJ 7/2005 —Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia— acrediten:

a) Que se peticionó por medio fehaciente al presidente del directorio de la sociedad, o a quien lo reemplazare, la citación a reunión del órgano para resolver la convocatoria dentro del plazo de cinco días de recibido el pedido.

b) Que tal petición no fue respondida con la citación a reunión del órgano o bien que, habiéndose efectuado la misma por el requerido o en su defecto por el director o directores requirentes (art. 267 primer párrafo, in fine de la ley 19.550), no pudo realizarse por falta de quórum o en ella se denegó sin fundamento la convocatoria a asamblea.

c) Que en los casos en que la sociedad cuente con sindicatura, el requerimiento efectuado no fue respondido en el plazo del inc. 1º o fue denegado sin

fundamento. Si la sindicatura fuere plural, se requerirá además, en caso de denegatoria, que haya mediado omisión de notificación de convocatoria por el síndico disidente en relación con su atribución y deber legal de llevarla a cabo (arts. 290 in fine y 294 inc. 7º de la ley 19.550).

b) Que el accionista que solicitare la convocatoria a asamblea indique el orden del día a considerar

Si bien este aspecto no ofrece dificultades y es desde todo punto coherente, habida cuenta la excepcionalidad del procedimiento del pedido de convocatoria judicial o administrativa a asamblea por uno o varios accionista. Sin embargo, no es tan clara la conducta que debe adoptar el directorio o síndico, cuando estos órganos no están de acuerdo con el temario propuesto o pretenden incluir algún otro tema para ser considerado por la asamblea requerida por el actor.

Como principio general, y como hemos ya afirmado, el directorio carece de facultades para oponerse a la decisión que ordenó la convocatoria judicial a una asamblea de accionistas y por ello no puede ni siquiera proponer la modificación del orden del día que fijó el juez en la referida resolución(187). El magistrado por su parte debe, en principio, respetar el mismo, pues no le corresponde al tribunal considerar el grado de conveniencia para la sociedad que supone el orden del día indicado por el accionista actora, ni expedirse sobre la procedencia de los temas que componen en mismo(188), salvo supuestos en de la índole de lo solicitado puede desprenderse que se trata de una pretensión susceptible de afectar el orden público, que resulte manifiestamente ajeno al objeto social o que vulnere el recto orden de gobierno de la sociedad (arts. 16 a 20; 58 a 60 de la ley 19.550)(189).

Notificada la sociedad de la celebración en sede judicial de una asamblea de accionistas —que como dijimos, no implica un traslado sino solo anoticiamiento de tal evento— la sociedad se encuentra facultada para cuestionar la legitimación de quien o quienes se presentaron invocando su calidad de accionistas(190), pero ello no convierte o transforma al proceso en un juicio contencioso, pues ante un planteo de esa naturaleza el juez deberá resolverlo sin dilación, resolución que también está regida por la irrecurribilidad propia de este procedimiento.

Las características específicas que caracterizan el procedimiento de convocatoria a asamblea no causan agravios a la sociedad, en tanto la cuestión propuesta será debatida en el seno una asamblea de accionistas, en la cual rige el principio mayoritario. A lo sumo, como ha sido explicado en párrafos anteriores, el juez podrá modificar los puntos del orden del día, a los efectos de no perjudicar anticipada o innecesariamente a la sociedad o a los miembros de los órganos de administración o fiscalización, cuya remoción o responsabilidad se reclama(191).

c) Necesidad de agotar los recursos previstos en el estatuto

Lo único que exige la ley 19.550 al respecto es que el directorio o sindicatura hayan rechazado el pedido de convocatoria a asamblea efectuado por uno o

varios accionistas, titulares de más del cinco por ciento del capital social, o que dicha pretensión no haya tenido la menor acogida por los órganos de la sociedad a los cuales la ley confiere la obligación de realizar esa convocatoria, ya sea por haberse rechazado dicha pretensión o haber guardado silencio.

d) ¿Puede la sociedad, enterada de la resolución judicial que ordenó la convocatoria a asamblea, proceder a convocar la misma, para su celebración en el ámbito extrajudicial?

Esta maniobra ha sido intentada infinidad de veces, pero en todos los casos la jurisprudencia la ha denegado con sólidos argumentos. Se sostuvo en el caso "Mazzini Gustavo y otros c/ Industrias Elastom Sociedad Anónima s/ sumario", resuelto por la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en 29 de diciembre de 1993, que la decisión del directorio que convocó a asamblea de accionistas a pedido del mismo accionista, existiendo ya una decisión judicial que así lo había resuelto, y que sujetaba la convocatoria a términos parcialmente diversos a los consignados en las resoluciones judiciales, su descalificación por el magistrado interviniente aparece como razonable en el contexto de la causa, como un modo de preservar la estricta observancia de sus mandatos y de evitar que la asamblea convocada pueda quedar sujeta a condiciones diversas a las ordenadas por él al disponer la convocatoria.

Por otra parte, y aún cuando el directorio de la sociedad solo se habría limitado a volver a convocar a una asamblea ya dispuesta judicialmente, sin modificar los puntos del orden del día dispuestos en la correspondiente resolución, ello no descarta la total invalidez de esa actuación de la sociedad, pues quien ha instado el procedimiento previsto por el art. 236 de la ley 19.550 y recurrido a la justicia o a la autoridad de control para obtener la convocatoria a una asamblea de accionistas, tiene evidente derecho a que el acto asambleario se realice en el lugar que ha debido recurrir, merced a los propios incumplimientos del órgano societario convocante, el cual le otorga mayores garantías en cuanto a la legalidad de su convocatoria y celebración, pues aún cuando las diferencias en los términos de la convocatoria entre la dispuesta judicialmente y la planeada por el directorio de la sociedad demandada, se reduce fundamentalmente a la persona que habrá de presidir la celebración del acto, por menos que pueda parecer este aspecto dentro del contexto de las cuestiones sustanciales a ser debatidas en el acto asambleario, no por ello resulta intrascendente, no solo por la importancia que en este tipo de convocatoria asume la intervención del funcionario que el juez designa para presidirla, sino por la importancia que su presencia reporta en orden a una mayor transparencia y certeza en las decisiones a adoptar por el cuerpo colegiado, sobre todo en el marco de las situaciones conflictivas que originaron el conflicto[192].

Precisamente, para evitar este tipo de maniobras, la Inspección General de Justicia, al reglamentar la obligación impuesta a este organismo por el art. 236 de la ley 19.550, dispuso en el art. 167 de la resolución general 7/2015, reproduciendo textualmente el art. 158 de las "Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia" (resolución general IGJ 7/2005), que la convocatoria dispuesta por la Inspección General de Justicia suple a toda otra efectuada por los órganos sociales pertinentes, salvo que ella resulte de acta o instrumento

dotado de fecha cierta anterior a la de la solicitud. En caso de prevalecer la convocatoria efectuada por los órganos sociales, la Inspección General de Justicia tendrá facultad de incluir los puntos del orden del día que estime pertinentes, en los términos del art. 1493/1982, reglamentario de la ley 22.315".

Inversamente, si la asamblea requerida por el accionista ya se encontraba convocada por el directorio, que había puesto en marcha la publicidad prevista por el art. 237 de la ley 19.550, el pedido de convocatoria judicial efectuado por aquel en sede judicial se convierte en abstracto y debe ser rechazado.

Ahora bien, es importante interpretar correctamente el art. 167 de la resolución general de Justicia, titulada "Exclusividad de la convocatoria", pues la convocatoria efectuada por la Inspección General de Justicia solo suple la convocatoria privada, cuando los puntos del orden del día entre una y otra convocatoria fueran los mismos o tuvieran íntima relación, pues la doctrina judicial del caso "Manzini" se basa en la necesidad de que el acto asambleario, ya convocado por el organismo de control, se celebre en sede judicial, bajo la presidencia de un funcionario judicial, y con el control imparcial de los actos preparativos de la asamblea, así como del desarrollo del acto colegial. En tal sentido, carecería, a nuestro juicio, de todo sentido, dejar sin efecto una convocatoria efectuada por la sociedad, referida a temas ajenos al reclamado por el pretensor de la acción descripta en el art. 236 última parte de la ley 19.550, pues ello podría paralizar el funcionamiento normal de la sociedad, en especial cuando se trata de uno de los puntos previstos en el art. 234 in fine de dicha ley.

La solución prevista por el art. 167 de la resolución general 7/2015 es también aplicable, a nuestro juicio, a las asambleas judiciales, pues el fundamento de dicha norma es aplicable a cualquiera de los procedimientos previstos en el art. 236 último párrafo de la ley 19.550.

e) Impugnabilidad de la asamblea convocada judicial o administrativamente

El hecho de que una asamblea de accionistas haya sido convocada judicial o administrativamente no implica que ella no pueda ser luego cuestionada por las vías legales correspondientes (art. 251 de la ley 19.550 y 387 del Código Civil y Comercial de la Nación). A lo sumo, toda asamblea así convocada puede gozar de una presunción de legalidad en torno al cumplimiento de los requisitos previos al acto asambleario, pero de manera alguna asegura ni hace presumir la legitimidad de lo acontecido en el recinto asambleario.

f) Costas y honorarios en el procedimiento de convocación judicial a asamblea de accionistas

Como principio, las costas del procedimiento deben ser impuestas a la sociedad, habida cuenta que fue la actuación omisiva de sus órganos lo que obligó al accionista a reclamar a la justicia el concreto ejercicio de sus derechos[193], sin perjuicio del derecho de la sociedad de repetir esas costas de quien fuera responsable de tal manera de proceder[194].

La presunta innecesariedad de la asamblea judicial convocada —ha sido resuelto por un fallo— con causa en situaciones sobrevivientes, carece de sustento para modificar la imposición de costas a la sociedad renuente en dicha convocatoria, cuando la decisión de la sociedad al convocar a una reunión asamblearia fue adoptada con mucha posterioridad a la pretensión deducida por el socio peticionante(195).

En cuanto a las pautas para la regulación de honorarios, existe consenso —y es lógico que así sea— en estimar a la acción de convocatoria judicial a asamblea como un procedimiento carente de un contenido patrimonial directamente ponderable, encuadrando al supuesto dentro de los juicios de monto indeterminado contemplado en el art. 6º inc. a) y 19 de la ley 21.839 de aranceles profesionales(196), pauta que debe ser tenida en cuenta también a los fines del pago de la tasa de justicia.

Estas pautas rigen obviamente para los letrados intervinientes y para la persona que fue designada por el juez interviniente para presidir el acto asambleario (art. 242 de la ley 19.550), para cuya regulación de honorarios no puede tomarse aisladamente ninguno de los presupuestos contemplados por la ley 21.839, y debe ponderarse, en conjunto, el lapso de actuación de la intervención, las tareas realizadas, el mérito de la labor realizada y la trascendencia económica y jurídica del trabajo (art. 6º incs. b] a f] de la ley de aranceles profesionales).

g) Efectos de la quiebra de la sociedad sobre el derecho del accionista de solicitar la convocatoria judicial a asamblea

No existe inconveniente para que, estando la sociedad en quiebra, cualquier accionista pueda requerir la convocatoria judicial a asamblea a sus órganos naturales, para tratar aquellos temas en donde todavía exista alguna legitimación residual del órgano de gobierno, como por ejemplo, resolver la conversión de la quiebra en concurso preventivo,

§ 4. La convocatoria administrativa a asamblea de accionistas

En principio, todo lo expuesto en materia de convocatoria judicial a asamblea de accionistas es aplicable cuando dicha convocatoria ha sido efectuada por la autoridad de control, a la cual el último párrafo del art. 236 de la ley 19.550 confiere legitimación suficiente para disponer la celebración de un acto asambleario, cuando se presentan los requisitos previstos en dicha norma.

La Inspección General de Justicia, ampliando sustancialmente las pocas normas que sobre la materia estaban previstas por la resolución general IGJ 6/1980 —antecedente inmediato de las actuales "Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia"— y que estaban contenidas exclusivamente en el art. 58 de

aquella normativa, la resolución general IGJ 7/2005, aprovechando la nutrida jurisprudencia administrativa y judicial recaída en torno a la facultad de los jueces y de la autoridad de control de proceder a la convocatoria a asamblea de accionistas, ante la omisión de las autoridades naturales para hacerlo (art. 236 de la ley 19.550), amplió sustancialmente las prescripciones dedicadas a este delicado tema, incorporando normas de carácter operativo como sustancial (arts. 156 a 160 de las "Nuevas Normas"), y reglamentado un procedimiento que merecía una atención especial. Actualmente, la resolución general 7/2015, que adaptó la resolución 7/2015 a las soluciones del Código Civil y Comercial de la Nación, prevé en sus arts. 165 a 169, una serie de pautas que es necesario tener en cuenta y que resultan de suma utilidad al momento de optar por el procedimiento administrativo, ante la ausencia de convocatoria a asamblea por parte de los órganos naturales de la sociedad.

En primer lugar, la facultad de la Inspección General de Justicia para convocar a una asamblea de accionistas puede efectuarse de oficio, cuando constatare graves irregularidades y estimare conducente la medida, en resguardo del interés público. El art. 165 inc. 1º de la resolución general 7/2015, que así lo dispone, constituye un supuesto de aplicación práctica de lo dispuesto por el art. 301 de la ley 19.550, que faculta a la autoridad de control para ejercer vigilancia en las sociedades anónimas no incluidas en el art. 299 de la ley 19.550, cuando lo considere necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público.

En ejercicio de estas facultades, la Inspección General de Justicia resolvió de oficio convocar a una asamblea general ordinaria y extraordinaria de accionistas, cuando ella había sido convocada por el directorio sin reunir quórum suficiente, a los fines de resolver la confirmación de lo resuelta en ésta, ante la imposibilidad de existir solución intrasocietaria a raíz de las divergencias habidas en el seno del órgano de administración de la sociedad. Resuelta esa convocatoria por la autoridad de control, fue planteada y denegada la inconstitucionalidad de la solución prevista por el inc. 1º del art. 156 de las Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia (resolución general IGJ 7/2005, antecesora de la actual resolución general 7/2015), cuando el recurrente no demostró que dicha normativa le irroga perjuicio directo, real y concreto, actual o en ciernes, para que la cuestión sea justiciable[197].

No tratándose del excepcional supuesto de convocatoria a asamblea de oficio por parte de la Inspección General de Justicia, el inc. 2º del art. 165 de las Nuevas Normas, reglamenta el supuesto previsto por el art. 236 de la ley 19.550, autorizando a organismo de control a hacerlo cuando al cabo de diez días corridos desde que accionistas que acrediten ser titulares del cinco por ciento del capital social o el porcentaje inferior fijado por los estatutos, solicitaron por medio fehaciente la convocatoria al directorio y la sindicatura, simultánea o sucesivamente y la solicitud no fue respondida o fue denegada sin fundamento o la reunión no pudo celebrarse por falta de quórum.

Por otra parte, el art. 167 de la aludida resolución prescribió expresamente —como hemos visto y con los límites que hemos ya referido— que la convocatoria dispuesta por la Inspección General de Justicia suple a toda otra efectuada por

los órganos sociales pertinentes, salvo que ella resulte de acta o instrumento dotado de fecha cierta anterior a la de la solicitud, con lo cual se puso fin a una burda e infantil maniobra del grupo de control de la sociedad, que procedía a convocar a la asamblea una vez enterada de la resolución dictada por la Inspección General de Justicia, a los fines de evitar que dicho acto asambleario pudiera ser celebrado fuera de la sede social y presidida por un funcionario ajeno a dicho grupo, aprovechando el directorio de la compañía, como si aquellos fuere poco, para agregar algunos puntos del orden del día, diferentes a los pretendidos por el accionista requirente, con el propósito de enervar, no siempre en forma legítima, los propósitos tenidos en cuenta por el accionista que había requerido en forma infructuosa la convocatoria a la asamblea de accionistas, luego convocada por la autoridad de control.

Por su parte, el art. 168 de la resolución general 7/2015 contiene en 20 incisos, una descripción sumamente detallada de las funciones y atribuciones del presidente de la asamblea, que si bien son en principio aplicables al funcionario designado por la Inspección General de Justicia, por expresa previsión del art. 242 in fine de la ley 19.550, pueden resultar también aplicables, por criterio analógico, a la presidencia de asambleas no convocadas en forma judicial o administrativa.

Finalmente, el art. 169 de la resolución general 7/2015 faculta a la Inspección General de Justicia a aplicar el máximo de las multas a los directores y síndicos de la sociedad, ante la indebida negativa a convocar a asamblea por parte de los órganos de administración y control interno de la compañía, ante la indebida negativa a convocar al órgano de gobierno de la sociedad y ante la frustración y obstrucción a la realización del acto asambleario, una vez dispuesta su convocatoria por la autoridad de control. También se aplicará multa a los directores y síndicos que durante la realización de la asamblea convocada por la Inspección General de Justicia pretendan obstruir indebidamente el ejercicio de sus derechos por parte de los presentes.

Sin perjuicio de las prescripciones contenidas en la resolución general 7/2015 a la cual hemos hecho referencia, la Inspección General de Justicia ha sentado su opinión en algunas cuestiones controvertidas que plantea el art. 236 de la ley 19.550, en torno a la facultad de los accionistas de requerir a la autoridad de control la convocatoria al órgano de gobierno de la sociedad, y en tal sentido interesa destacar:

a) La resolución que resuelve la convocatoria a asamblea de accionistas por parte de la Inspección General de Justicia es inapelable[198].

b) Dicha convocatoria debe tramitar inaudita parte[199].

c) Es facultad de la Inspección General de Justicia, como órgano convocante, adecuar los puntos del orden del día requeridos por el accionista, con el objeto de lograr mayor claridad de los temas propuestos para su tratamiento, sin que ello signifique modificar lo solicitado tanto al directorio de la entidad como a este Organismo[200].

Art. 237.—

Convocatoria. Forma. Las asambleas serán convocadas por publicaciones durante 5 días, con 10 de anticipación por lo menos y no más de 30, en el diario de publicaciones legales. Además, para las sociedades a que se refiere el art. 299, en uno de los diarios de mayor circulación general de la República. Deberá mencionarse el carácter de la asamblea, fecha, hora y lugar de reunión, orden del día, y los recaudos especiales exigidos por el estatuto para la concurrencia de los accionistas.

Asamblea en segunda convocatoria. La asamblea en segunda convocatoria por haber fracasado la primera deberá celebrarse dentro de los 30 días siguientes, y las publicaciones se efectuarán por 3 días con 8 de anticipación como mínimo. El estatuto puede autorizar ambas convocatorias simultáneamente, excepto para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, en las que esta facultad queda limitada a la asamblea ordinaria.

En el supuesto de convocatorias simultáneas, si la asamblea fuere citada para celebrarse el mismo día deberá serlo con un intervalo no inferior a una hora de la fijada para la primera.

Asamblea unánime. La asamblea podrá celebrarse sin publicación de la convocatoria cuando se reúnan accionistas que representen la totalidad del capital social y las decisiones se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto. [Texto según ley 22.686.]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 14, 50, 51, 55, 234 a 236, 244, 246; resolución general 7/2015 Inspección General de Justicia, arts. 48, 81, 83, 85, 154, 169, 188, 200, 430, 490. LSC Uruguay: arts. 345 a 348.

§ 1. Formalidades para llevar a cabo la convocatoria a asamblea de accionistas

El art. 237 de la ley 19.550 prescribe que las asambleas deberán convocarse por publicaciones durante cinco días con diez de anticipación por lo menos, y no más de treinta en el diario de publicaciones legales, debiendo mencionarse el carácter de la asamblea, fecha y lugar de reunión, orden del día, y los recaudos especiales exigidos por el estatuto para la concurrencia de los accionistas, en caso de existir, lo cual no es hipótesis frecuente.

Si la sociedad está comprendida en aquellas entidades incluidas en el art. 299, la convocatoria deberá efectuarse, además, en uno de los diarios de mayor circulación general de la República.

A efectos de facilitar la concurrencia y obviamente la celebración de las asambleas, la ley 19.550 permite una segunda convocatoria, para el supuesto de haber fracasado la primera; asamblea que podrá celebrarse el mismo día, una hora después de la fijada para la primera, siempre que así lo hubiere establecido el estatuto. En tal caso, el art. 237 autoriza la convocatoria simultánea de ambas asambleas, con la excepción de las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, en las que esta facultad queda limitada a la asamblea ordinaria, excepción que se funda en la estratificación del accionariado, que hace presumir la necesidad de reiterar el conocimiento de la convocatoria[201]. Sin embargo debe tenerse presente que:

a) La ley ha fijado el término de celebración de las asambleas en segunda convocatoria, la cual deberá llevarse a cabo como mínimo una hora después de la fijada para la primera, pero su celebración no podrá exceder los treinta días siguientes de fracasar aquella.

b) El llamado a segunda asamblea, salvo convocatoria simultánea, deberá efectuarse por tres días con ocho de anticipación como mínimo.

c) Tratándose de las asambleas ordinarias, la ley exige para la válida constitución de la primera convocatoria, la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto. En la segunda convocatoria, la asamblea se considerará constituida, cualquiera que sea el número de esas acciones presentes (art. 243). Por su parte las asambleas extraordinarias se reúnen en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representen el sesenta por ciento de las acciones con derecho a voto si el estatuto no exige quórum mayor, y en segunda convocatoria se requiere la concurrencia de accionistas que representen el treinta por ciento de las acciones con derecho a voto, salvo que el estatuto fije quórum mayor o menor (art. 244).

§ 2. ¿Puede modificarse el régimen edictal de convocatoria a asamblea de accionistas?

La necesidad de llevar a cabo la publicación de la convocatoria a asamblea de accionistas a través del sistema de publicación de edictos previsto por el art. 237 de la 19.550, ha sido objeto de serios cuestionamientos por parte de la doctrina, pues ese requisito parece excesivo cuando se trata de sociedades anónimas o de familia, en cuyo caso, la notificación prevista por el art. 237 podría perfectamente ser reemplazada por medio de una notificación fehaciente a cada

uno de los accionistas, como lo prevé el art. 159, in fine, para las sociedades de responsabilidad limitada.

Es una verdadera pena que la ley 22.903, que incorporó otros métodos de adopción de resoluciones sociales, como la manifestación escrita en la que todos los socios expresan el sentido de su voto, pues como hemos manifestado, no existen diferencias sustanciales, hoy por hoy, entre las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas cerradas o de familia.

La notificación de la convocatoria a asamblea por medio de edictos ha sido defendida en forma permanente y pacífica por parte de la jurisprudencia, basándose en la necesidad de preservar las formalidades del acto asambleario, con lo cual se garantiza la exactitud, tanto formal cuanto material de los acuerdos que se efectivicen(202). En tal sentido ha sido sostenido que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 237 de la ley 19.550, la publicación de edictos es la forma legal de convocatoria para los accionistas, y esa forma es insustituible y obligatoria para la sociedad, sin que pueda suplirse por otra forma de notificación, en tanto el llamamiento por edictos publicados en los diarios legales constituye el procedimiento seleccionado por el legislador que permite presumir iuris et de iure que todos los accionistas han tomado conocimiento de la convocatoria"(203). Adoptar un criterio distinto implicaría —según otro importante fallo—, una trasgresión a la disciplina legal vigente que rige el procedimiento y las formalidades para la convocación y celebración de las asambleas, que no puede tener favorable acogida por implicar desmedro de la seguridad jurídica que debe primar en el tráfico mercantil"(204).

La jurisprudencia, en definitiva, ha ratificado este criterio en forma pacífica(205)y en el mismo sentido la Inspección General de Justicia ha declarado la irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos de determinadas resoluciones asamblearias adoptadas en el seno de una asamblea de accionistas cuya convocatoria no había sido publicada en forma legal(206).

Han sostenido también nuestros tribunales mercantiles que el hecho de tratarse de una sociedad anónima cerrada o de familia, tampoco autoriza la aplicación de un régimen diferenciado de notificación de la celebración de las asambleas, pues el acogimiento de tal postura importaría un total trastocamiento de la disciplina legal vigente que rige el procedimiento y las formalidades para la convocatoria y celebración de los actos asamblearios de las sociedades anónimas(207).

No obstante estas conclusiones, que son irrefutables a la hora de interpretar la ley 19.550 en torno a las formalidades que deben cumplirse para la celebración de asambleas de sociedades anónimas, las críticas al sistema legal son atendibles desde todo punto de vista, habida cuenta dos circunstancias que deben ser consideradas a los fines de una futura reforma legislativa en tal sentido:

a) La enorme cantidad de sociedades anónimas cerradas o de familia, integradas por un número muy reducido de accionistas.

b) La excesiva onerosidad de la convocatoria por medio de edictos.

c) Por otra parte, el sistema legal previsto por la ley 19.550 demora la celebración de la asamblea, atento los plazos establecidos por el párrafo 1º del art. 237, que deben ser computados desde la última publicación de los edictos. En los hechos, las fechas de las asambleas dependen del Boletín Oficial y no de la voluntad del órgano convocante, pues dicho organismo cuenta siempre con una justificada demora en la publicación de los edictos de las asambleas.

De manera tal que para las sociedades cerradas o de familia, nada justifica mantener el sistema de publicidad de la convocatoria actualmente vigente, siempre y cuando sus titulares sean titulares de acciones nominativas o escriturales, quienes pueden ser identificados por la sociedad a los efectos de remitirles una comunicación fehaciente en tal sentido (arts. 213 y 215 de la ley 19.550). Si como ya ha pasado varias veces, una futura normativa resucita a las acciones al portador, la convocatoria judicial por medio de edictos se convierte en una necesidad insoslayable. Pero sinceramente, por el bien del país y de sus ciudadanos, así como en seguridad de las transacciones mercantiles, esperemos que ello no ocurra jamás.

§ 3. Las asambleas unánimes

El último párrafo del art. 237 de la ley 19.550 caracteriza las asambleas unánimes como aquellas celebradas sin publicación de la convocatoria, pero cuya validez está sujeta no sólo a la presencia en ellas de la totalidad de los accionistas, sino que sus decisiones deben adoptarse por unanimidad de las acciones con derecho a voto.

Las asambleas unánimes han sido legisladas por la ley 19.550, receptando de esa forma una importante corriente doctrinaria, incluso algún precedente jurisprudencial, cristalizando una verificable tendencia en el derecho comparado, dirigida a facilitar la constitución y el funcionamiento de las mismas(208).

La ley 19.550 ha señalado dos requisitos de validez que no pueden eludirse:

a) Presencia de todos los accionistas que representen el total del capital social. Acatando este requisito deben concurrir todos los accionistas, tengan o no derecho de voto. Estos últimos deben ser necesariamente convocados y participar en la deliberación correspondiente, expresando su opinión pero absteniéndose de emitir su voto.

Se ha sostenido que la ley 19.550 exime a la sociedad sólo de publicar la convocatoria en el diario de publicaciones legales, pero de ninguna manera releva al órgano competente o autoridad legitimada de efectuar la convocatoria, interpretación basada en la propia redacción del art. 237 cuando establece que la asamblea podrá celebrarse "sin publicación de la convocatoria"(209).

La cuestión nos conduce a la problemática ya analizada de las "asambleas autoconvocadas", a la cual corresponde remitir en homenaje a la brevedad, y si bien el Código Civil y Comercial de la Nación permite hoy la autoconvocatoria en su art. 158 inc. b) para todas las personas jurídicas —que a mi juicio incluye también a las sociedades— existen algunas diferencias entre las asambleas unánimes del último párrafo del art. 237 y las asambleas autoconvocadas del art. 158 del código unificado, pues para estas últimas, y a diferencia de aquellas, solo el temario debe ser aprobado por unanimidad. Por el contrario, en las asambleas unánimes, todas las decisiones adoptadas en el seno de las mismas deben ser adoptadas por unanimidad.

b) Necesidad de convocatoria y asistencia de directores y síndicos. Otra cuestión que plantea la asamblea unánime es la necesidad de convocatoria y/o de asistencia de los directores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia como requisito de validez.

Su presencia es a mi juicio imprescindible, pudiendo resultar esencial si se advierte que la decisión de la asamblea unánime debe ser ejecutada por ellos (art. 233), máxime tratándose de cuestiones en las cuales se juzgue su responsabilidad o remoción, o en aquella que haga a la gestión de la sociedad. En cuanto a los síndicos y consejeros de vigilancia, su presencia es también imprescindible por el control de legalidad que la ley 19.550 ha puesto a su cargo.

a) Esta solución encuentra respaldo normativo en dos disposiciones legales: en el art. 240, que impone la presencia de los directores, síndicos y gerentes en la asamblea de accionistas y

b) En el art. 251, que legitima los directores y síndicos para impugnar las decisiones asamblearias, lo cual no constituye una mera facultad, sino una obligación imperativamente impuesta por el legislador.

En consecuencia y no convocados los integrantes de los órganos de administración y fiscalización a las asambleas unánimes, les cabe peticionar judicialmente la nulidad, por aplicación de los arts. 251 a 254 de la ley 19.550[(210)].

§ 4. El caso "Inspección General de Justicia contra BMW de Argentina Sociedad Anónima"

Se trató de un caso en donde la Inspección General de Justicia denegó la inscripción en el Registro Público de Comercio de la designación de las nuevas autoridades de la sociedad "BMW Argentina Sociedad Anónima", elegidas en una supuesta asamblea unánime, donde el accionista que fue elegido como director de la sociedad se abstuvo de votar en esa decisión. Se aclara al lector que todas las acciones en que se dividía el capital accionario de dicha sociedad,

menos una sola de ellas, estaba en manos de la sociedad extranjera controlante de la compañía local, mientras que una sola acción estaba en manos del referido accionista abstenido.

Aplicando estrictamente lo dispuesto por el art. 237 in fine de la ley 19.550, la autoridad de control rechazó esa toma de razón, invocando que la decisión asamblearia adoptada no había sido unánime, pues para la validez de dichos acuerdos es necesario que todos los accionistas emitan su voto a favor de la aprobación del mismo, lo que no había sucedido en el caso, pues un accionista había optado por abstenerse de emitir su voto, en una cuestión que la ley no impone abstención.

Recurrida la resolución denegatoria de la Inspección General de Justicia, la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fallo del 27 de abril de 2006, revocó esa resolución, con base en los siguientes argumentos:

a) La conducta desplegada por el accionista durante y después de la asamblea, aún cuando se abstuvo de participar en la decisión que lo designó como director de la sociedad, da cuenta de su consentimiento a la decisión adoptada, frente al pronunciamiento del voto positivo que aparece declinado solo por referir a su propia designación como director y no como un pronunciamiento negativo al mismo.

b) Si bien el "no voto" obstaría a la unanimidad requerida por el art. 237 in fine de la ley 19.550, ello no rige cuando esa abstención obedeció a expresas razones de elegancia, sin perjuicio de lo cual, dicha omisión aparece luego largamente suplida, según revela el temperamento adoptado por el accionista abstenido.

c) Considerando la abstención del accionista minoritario como un óbice a la asamblea, de los requisitos previstos por el art. 237 in fine de la ley 19.550, se estaría sosteniendo hacia el absurdo una verdad incontrastable, pues el único presunto afectado por una decisión que presenta matices contrapuestos a la unanimidad, no solo no ha formulado cuestionamiento a la decisión asamblearia adoptada con su abstención, sino que ha defendido extensa y vehementemente, mediante nutridas presentaciones judiciales y administrativas, la legalidad y la legitimidad del acto que presumiblemente lo habría perjudicado. La realidad casi palpable del acto jurídico en cuestión no resiste la aplicación mecanicista de los preceptos jurídicos, máxime a los efectos de rechazar la inscripción del mismo en un registro, con base en la argüida invalidez de la asamblea.

d) Finalmente, sostuvo el tribunal que la unanimidad exigida por el art. 237 in fine de la ley 19.550 requiere para su operatividad, de la reunión de todos los socios y la uniformidad en la decisión arribada por el órgano de gobierno. Si en consecuencia, todos los datos recolectados en el expediente administrativo dan cuenta de que ha existido esa voluntad uniforme que permite concluir que no existen voces omitidas o discordantes contra esa decisión, que indiquen que la omisión de la convocatoria a asamblea resultó espuriamente soslayada, debe entonces concluirse que el órgano de control exigió un grado de formalidad que exorbita el establecido por la ley para racionalmente estimar que una asamblea pueda ser considerada como unánime, pues el criterio de la Inspección General

de Justicia llevaría a la necesidad de celebrar una nueva asamblea que, como es lógico pensar, arribaría a igual resultado, producto de una reiterada prudente abstinencia del accionista minoritario, siguiéndose de ello que la nueva convocatoria, la publicidad, la celebración de la asamblea y la deliberación y votación de los accionistas habrían conformado meras formalidades de las que bien pudo haberse prescindido.

La doctrina emanada del fallo dictado en el caso "Inspección General de Justicia c/ BMW de Argentina Sociedad Anónima" es equivocada, pues el art. 237 in fine de la ley 19.550, que establece los requisitos que caracterizan a una asamblea unánime, no permiten las flexibilizaciones e interpretaciones que ha efectuado el tribunal, en tanto para que puede hablarse de una asamblea de estas características, es imprescindible reunir los siguientes requisitos: a) Que se reúnan accionistas que representen la totalidad del capital social y b) Que las decisiones se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto. Por ello y como bien sostuvo la profesora de la Universidad de Córdoba, Marcela González Cierny, al comentar este fallo, resulta de toda evidencia concluir que estos dos requisitos deben presentarse en el mismo acto asambleario, esto es, la reunión de la totalidad de los accionistas, al comenzar la asamblea, y la unanimidad al momento de proclamarse el resultado de cada una de las votaciones, pues de lo contrario, la figura prevista por el artículo en análisis se tornaría de muy difícil o casi imposible aplicación, si se interpreta, como sostuvo el tribunal, que la unanimidad exigida por el art. 237 de la ley 19.550 constituye una situación que puede presentarse con posterioridad a la clausura del acto asambleario, cuando quien no votó afirmativamente, no ejerce la acción impugnatoria prevista por el art. 251 de la ley 19.550.

Pero aún cuando se pretenda otorgar un sentido finalista al mecanismo previsto por el art. 237 in fine de la ley 19.550, es de toda evidencia que la interpretación que de esta norma ha hecho el tribunal de alzada en el caso que nos ocupa, no se compadece con la finalidad que ha tenido el legislador al redactar esta disposición legal, pues si con ella se pretendió simplificar los trámites de convocatoria a una asamblea de accionistas y permitir su celebración con los menores requisitos formales posibles, tal objetivo no se logra si, para considerar aplicable esta norma, debe analizarse la conducta posterior del socio o accionista que no votó en sentido afirmativo cualquiera de los acuerdos adoptados en la asamblea unánime.

Por otra parte, si bien podría decirse que cuando existe una obligación de abstención legal, como lo mandan los arts. 241 y 248 de la ley 19.550, el accionista que tiene interés contrario no debe emitir su voto y por lo tanto, las acciones que es titular no deben computarse a los fines de la obtención de la mayoría (en el caso la unanimidad), lo cierto es que en el caso que se analiza esa prohibición legal no existió, sino que, a juicio del tribunal, se trató de una mera "cuestión de elegancia" por parte de quien no votó a favor la respectiva decisión, materia realmente muy opinable, en razón de la subjetividad que implica el concepto de la "elegancia", pues lo que es "elegante" para unos, puede no serlo para otros. Así, por más que el Tribunal pueda simpatizar con la posición adoptada por el accionista que, al ser propuesto para integrar el directorio de la sociedad, se abstuvo por "razonables razones de elegancia" (textual) —y ello es

lo que aconteció en el caso, donde el accionista abstenido era uno de los abogados comercialistas más prestigiosos del foro capitalino—, tal actuación no está prevista por la ley 19.550 como un supuesto de incompatibilidad para ejercer el derecho de voto, solo reservado, conforme los términos de los arts. 241 y 248 de la ley 19.550, para el caso de que el socio o accionista tuviera un interés contrario al de la sociedad.

En conclusión, la resolución dictada por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en los autos "Inspección General de Justicia c/ BMW de Argentina Sociedad Anónima", del 27 de abril de 2007, sentó un peligrosísimo precedente, que en nada contribuye a consolidar la seguridad jurídica en los negocios societarios, pues siguiendo esta novedosa y original interpretación, no se podrá afirmar jamás la validez o invalidez de una asamblea de accionistas, convocada y celebrada en los términos del último párrafo del art. 237 de la ley 19.550, hasta tanto no haya transcurrido el plazo de prescripción o caducidad para la promoción de la demanda de impugnación del acto asambleario por parte del accionista que no ha votado en sentido afirmativo el acuerdo social o bien que demuestre "en nutridas presentaciones judiciales y administrativas" posteriores a la clausura del acto asambleario, su voluntad de confirmarlo, a los fines de encuadrar dicha asamblea en los términos del art. 237 in fine de la ley 19.550. No cabe duda que la Cámara ha sustituido la interpretación del legislador por una concepción subjetiva, discurriendo —sin admitirlo expresamente— que en el caso existe una laguna axiológica, porque consideró que la solución normativa está pero es inadecuada o injusta; lo que constituye, ni más ni menos, un activismo jurisdiccional[211].

§ 5. Críticas al sistema previsto por la ley 19.550 en materia de asambleas unánimes

Los requisitos previstos por el art. 237 de la ley en análisis para las asambleas unánimes resulta a mi juicio excesivo, pues si bien la falta de publicación de la convocatoria queda plenamente justificada por la presencia de todos los accionistas en el acto asambleario, no encuentro razón alguna que fundamente la necesidad de obtener decisión unánime para cada uno de los acuerdos asamblearios adoptados en la misma.

La exigencia de unanimidad para la adopción de acuerdos sociales conspira contra la efectividad de las asambleas unánimes y limita sin fundamentos atendibles la intención tenida en cuenta por el legislador al admitirlas, que radica en la necesidad de obtener decisiones urgentes, sin esperar los prolongados lapsos que suponen la publicidad edictal y facilitar el funcionamiento de las sociedades "cerradas"[212].

La "unanimidad" requerida por el art. 237 in fine de la ley 19.550, debe pues quedar limitada a la presencia de los accionistas en las asambleas de esta

naturaleza, y no al sentido del voto. De tal manera se evitarán perjuicios para la sociedad, sin desproteger al accionista disconforme con las decisiones adoptadas, que cuenta con el procedimiento de impugnación previsto por los arts. 251 a 254 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Art. 238.—

Depósito de las acciones. Para asistir a las asambleas, los accionistas deben depositar en la sociedad sus acciones o un certificado de depósito o constancia de las cuentas de acciones escriturales, librado al efecto por un banco, caja de valores u otra institución autorizada, para su registro en el libro de asistencia de las asambleas, con no menos de tres días hábiles de anticipación al de la fecha fijada. La sociedad les entregará los comprobantes necesarios de recibo, que servirán para la admisión a la asamblea.

Comunicación de asistencia. Los titulares de acciones nominativas o escriturales cuyo registro sea llevado por la propia sociedad, quedan exceptuados de la obligación de depositar sus acciones o presentar certificados o constancias, pero deben cursar comunicación para que se los inscriban en el libro de asistencia dentro del mismo término.

Libro de asistencia. Los accionistas o sus representantes que concurran a la asamblea firmarán el libro de asistencia en el que se dejará constancia de sus domicilios, documentos de identidad y número de votos que les corresponda.

Certificados. No se podrá disponer de las acciones hasta después de realizada la asamblea, excepto en el caso de cancelación del depósito. Quien sin ser accionista invoque los derechos que confiere un certificado o constancia que le atribuye tal calidad, responderá por los daños y perjuicios que se irroguen a la sociedad emisora, socios y terceros; la indemnización en ningún caso será inferior al valor real de las acciones que haya invocado, al momento de la convocatoria de la asamblea. El banco o la institución autorizada responderá por la existencia de las acciones ante la sociedad emisora, socios o terceros, en la medida de los perjuicios efectivamente irrogados.

Cuando los certificados de depósito o las constancias de las cuentas de acciones escriturales no especifiquen su numeración y la de los títulos, en su caso, la autoridad de control podrá, a petición fundada de cualquier accionista, requerir del depositario o institución encargada de llevar el registro la comprobación de la existencia de las acciones. [Texto según ley 22.903.]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 53, 192, 207 y ss., 218, 219, 239; resolución general 7/2015 Inspección General de Justicia, arts. 48, 81, 83, 85, 154, 169, 188, 200, 430, 490; LSC Uruguay: art. 350.

§ 1. Requisitos previos a la celebración de las asambleas

1.1. La comunicación fehaciente de los accionistas a la sociedad haciendo saber sus asistencia a las asambleas

El art. 238 de la ley 19.550 prevé como requisito necesario para la asistencia a las asambleas, cuando se trataba de acciones al portador, el depósito, por parte de los accionistas titulares, de sus respectivas acciones, o de un certificado de depósito expedido por una institución bancaria, en el cual consten todos los datos necesarios para la individualización de aquellas. El propósito de la ley 19.550 era que quien concurra a las asambleas pueda acreditar su carácter de socio, procurando de ese modo identificar a los titulares de las acciones emitidas al portador; en consecuencia, el depósito de las mismas en la sociedad, para su registro en el libro de asistencia a las asambleas, aparece como el medio más idóneo al respecto.

Tratándose de acciones nominativas o escriturales, cuyo registro es llevado por la propia sociedad, sus titulares no se encuentran sometidos a la obligación de exhibir sus títulos accionarios al directorio, como requisito para su admisión en las asambleas, pues su identificación surge del libro de registro de acciones o de acciones escriturales, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 208, 213 inc. 3º, y 215 de la Ley de Sociedades Comerciales. En tal sentido, el nuevo art. 238 de la ley 19.550, luego de su reforma por la ley 22.903, ha impuesto a los titulares de las acciones nominativas, la obligación de cursar comunicaciones para que se los inscriba en el libro de asistencia a asamblea, comunicación que debe ser efectuada con no menos de tres días hábiles de anticipación al acto asambleario.

Finalmente, y en cuanto a los titulares de acciones escriturales, debemos recordar que esta clase de acciones ha sido incorporada a nuestra legislación por la ley 22.903, y que son aquellas que no se encuentran representadas en título alguno, acreditando sus titulares su carácter de accionista por medio de constancias abiertas en el registro correspondiente. Los titulares de acciones escriturales deben, de acuerdo con el nuevo texto del art. 238 de la ley 19.550, y como requisito para su concurrencia a las asambleas de accionistas, depositar en la sociedad constancia de las cuentas de acciones, librada por la institución bancaria o Caja de Valores que, como se sabe, y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 208 de la ley 19.550 son, juntamente con la sociedad emisora, quienes se encuentran autorizados para llevar el registro de esas acciones. Este depósito debe hacerse con no menos de tres días hábiles de anticipación al acto asambleario y como es lógico, la sociedad les entregará a sus titulares los comprobantes necesarios de recibo, que servirán para su admisión en la asamblea.

La obligación de depositar en la sociedad las constancias de las cuentas de acciones escriturales rige exclusivamente cuando el registro de las acciones

escriturales es llevado por la Caja de Valores o institución bancaria autorizada, pero si es la propia sociedad quien lleva ese registro, los titulares de estas acciones no están obligados a llevar a cabo ese requisito, sin perjuicio de lo cual deben cursar comunicación para que se los inscriba en el libro de asistencia en el mismo término, el cual deberán suscribir, dejándose constancia de sus domicilios, documentos de identidad y número de votos que les corresponde.

Por otro lado, la ley 22.903, y siempre en cuanto a los requisitos de concurrencia a las asambleas, ha eliminado la exigencia del párrafos 3º del art. 238 anterior, que obligaba a dejar constancia de la clase de acciones, su numeración y la de los títulos en los certificados expedidos por los bancos y en los recibos que otorgaba la sociedad, resultando suficientes al respecto las explicaciones brindadas por el legislador, quien manifiesta, en la Exposición de Motivos, que la imposibilidad práctica de cumplir con esos requisitos motivó la supresión de ellos. No obstante esto, el último párrafo del art. 238, y para facilitar la comprobación de la existencia de las acciones, establece que: "Cuando los certificados de depósito o las constancias de las cuentas de acciones escriturales no especifiquen su numeración y la de los títulos, en su caso, la autoridad de control podrá, a petición fundada de cualquier accionista, requerir del depositario o institución encargada de llevar el registro la comprobación de la existencia de las acciones".

El penúltimo párrafo del art. 238 establece que no se podrá disponer de las acciones hasta después de realizada la asamblea, excepto en caso de cancelación del depósito. Como se sabe, la prohibición aludida, ya contenida en el texto anterior, se refiere a la material disponibilidad, en el sentido de que el titular de las mismas no podrá disponer de estas hasta la finalización de la asamblea, pero nada impide que el negocio jurídico base de esa transferencia pueda quedar concretado durante ese período, resultando válida en consecuencia su venta, donación, prenda, etc., sin que tenga que ser requerida la previa aprobación de la sociedad depositaria, pero, tratándose de acciones escriturales, sólo podrán alterarse las cuentas de los titulares una vez finalizado el acto asambleario de que se trata.

Por último, la ley 22.903 ha brindado justa solución a un problema que puede presentarse en el supuesto de pérdida o sustracción de las acciones, disponiendo que quien sin ser accionista invoque los derechos que confiere un certificado o constancia que le atribuye tal calidad, responderá por los daños y perjuicios que se irroguen a la sociedad emisora, socios y terceros, y la indemnización en ningún caso será inferior al valor real de las acciones que haya invocado al momento de la convocatoria de la asamblea. Sin perjuicio de ello, el banco o institución autorizada responderá por la existencia de las acciones ante la sociedad emisora, socio o terceros, en la medida en que existan perjuicios efectivamente irrogados.

1.2. Forma de computar los plazos previstos por el art. 238 de la Ley de Sociedades Comerciales

La comunicación por parte de los titulares de acciones nominativas requerida por el art. 238 de la ley 19.550, para su registro en el libro de asistencia a las

asambleas, debe ser efectuado con no menos de tres días hábiles de anticipación a la fecha fijada para la celebración de la asamblea.

Ello nos lleva al problema de la forma del cómputo del plazo de tres días previsto en dicha norma, y al respecto la jurisprudencia ha resuelto que, a tales fines debe descontarse el propio día de la celebración de la asamblea, debiendo existir tres días hábiles completos, sin intervalo, entre el día en que se comunica la asistencia y el día de la realización de la asamblea, resultando computable el día sábado[213]. Para decirlo más gráficamente, si la asamblea de accionistas se celebra un lunes, el plazo para cursar la comunicación vender el día miércoles anterior.

La comunicación a que alude el art. 238 de la ley 19.550 tiene por finalidad que el directorio pueda completar el libro de asistencia a asambleas el día del vencimiento del plazo previsto por dicha norma, a los fines de que los accionistas que se hayan inscripto, así como los directores y síndicos, puedan tomar las medidas que consideren necesarias a los fines de asegurar la legalidad de la asamblea. Por ejemplo, tratándose de una sociedad constituida en el extranjero la que pretende participar en un acto asambleario, invocando su calidad de accionista, los interesados podrán contar con un plazo razonable para constatar el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 123 de la ley 19.550 y las resoluciones de la Inspección General de Justicia dictadas al respecto (resolución general 9/2005) y lo mismo podrá hacer la sociedad participada para verificar el cumplimiento de los límites previstos por el art. 31 de la ley 19.550.

Precisamente, a los fines de cumplir acabadamente con los plazos previstos por el art. 238 de la ley 19.550 y con la finalidad que ha inspirado al legislador al establecer los mismos, es que la notificación prevista por dicha norma debe ser recibida por la sociedad antes del vencimiento del referido plazo.

La sociedad debe adoptar todas las medidas necesarias para que esas comunicaciones puedan ser recibidas, en tanto que el objetivo del legislador ha sido alentar la presencia de los accionistas en las asambleas. De manera tal que si esa notificación fue efectuada en la persona que respondió el llamado a la sede social, la notificación prevista por el art. 238 de la ley 19.550 debe tenerse por cumplida[214].

Si no obstante que un accionista ha notificado en término su voluntad de concurrir a la asamblea, no le es permitido el acceso al recinto asambleario el día de su celebración, la asamblea es nula, así como todas y cada una de las decisiones adoptadas en la misma, sin importar el porcentaje accionario de aquel, pues una actuación semejante es contraria al interés social, en tanto se ha afectado la deliberación que precede a la adopción de todo acuerdo asambleario, motivo suficiente, como se ha sido dicho, para disponer su nulidad.

La notificación fehaciente prevista por el art. 238 de la ley 19.550 no es necesaria en caso de reanudación de la asamblea luego de un cuarto intermedio, pues de conformidad con lo dispuesto por el art. 247 de la ley 19.550 solo pueden participar en la asamblea, una vez reanudada, los accionistas que cumplieron lo dispuesto por aquella norma, antes de comenzar el acto asambleario.

Finalmente, el directorio de la sociedad no puede subordinar la presencia de sus accionistas al pago de determinados gastos incurridos por aquella, como por ejemplo, la digitalización de los estados contables que serán considerados en la asamblea. Así fue resuelto por la Inspección General de Justicia en el expediente "Sausalito Club Sociedad Anónima", del 24 de noviembre de 2003, en donde se resolvió que el requerimiento a los accionistas del pago de determinada suma de dinero como requisito de admisión a la asamblea de accionistas, a los fines de sufragar anteriores gastos incurridos por la sociedad en anteriores asambleas, constituye una actuación reñida con expresas normas legales, en tanto implica un verdadero abuso de derecho, encuadrable en los términos del art. 1071 del Código Civil, supeditar el ejercicio de los derechos de participación en un acto asambleario que goza todo accionista de una sociedad anónima.

1.3. La inscripción de los accionistas asistentes en el Libro de Asistencia a Asambleas

El libro de asistencia a asambleas, sobre el cual la ley 19.550 no prevé disposiciones específicas en cuanto a sus formalidades —a diferencia de otros libros sociales (arts. 73 y 213)—, reviste especial importancia para la legalidad del acto asambleario, pues cumple una doble finalidad:

a) Constituye en forma incontrovertible la prueba de la presencia en la asamblea de accionistas y acciones en número suficiente para que aquella pueda reunirse y deliberar.

b) Permite al accionista, en cuanto socio, tomar conocimiento de quiénes son los otros socios concurrentes, sus representantes, el monto de las tenencias declaradas, los derechos que les acuerdan las acciones de que son titulares o que representan y la identidad de cada uno de los socios(215).

El accionista tiene derecho no solo a requerir la exhibición del mismo, sino también, en ejercicio de su derecho de información requerir copia de sus constancias, pues es evidente que el derecho que le confiere el art. 249 de la ley 19.550, de requerir a su costa copia del acta de asamblea no sería completo si no se le permitiera contar con copia de las constancias del libro de asistencia correspondiente a ese mismo acto asambleario, pues ambos constituyen la prueba documental de la celebración del mismo en forma legal.

El libro de asistencia a asambleas debe cumplir con los requisitos de forma y fondo previstos por los arts. 325 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación La omisión del legislador en la exigencia de tales requisitos (como por el contrario lo ha prescripto en los arts. 73 y 213 para los libros de actas y de accionistas) no enerva lo expuesto, atento a la importancia y finalidad que cumple ese libro y su evidente complemento con el libro de actas de asamblea.

Cabe advertir que aun cuando el legislador no haya hecho distingo alguno al redactar el art. 238 en cuanto a la obligatoriedad de llevar el libro de registro de asistencia, según se trate de asambleas unánimes o no, dicha exigencia se impone cualquiera sea la clase o modalidad de la reunión de los socios(216).

El libro de asistencia a asambleas debe ser completado con los datos de los accionistas que hayan cumplido con la comunicación prevista por el párrafo 1º del art. 238, con la anticipación prevista por dicha norma. La responsabilidad de su llenado compete al directorio o al presidente de la asamblea (art. 242), cuando la misma fuere convocada judicialmente, quien debe suscribir el cierre del mismo, indicando la fecha y el capital social reunido. La costumbre ha impuesto la firma del síndico social como garante de la legalidad de ese acto societario, pero la omisión de este requisito no afecta la validez de las constancias del libro de asistencia.

Completado el libro, con la anticipación prevista por el párrafo 1º del art. 238, este debe ser suscripto por los accionistas o sus representantes el mismo día de la asamblea, como requisito de admisión al acto asambleario, pues la ley 19.550 no impone identificar al mandatario con la misma anticipación que requiere para la comunicación de la asistencia a las asambleas o el depósito de las acciones al portador.

§ 2. ¿Puede el directorio de la sociedad dejar sin efecto la convocatoria a asamblea de accionistas?

Se trata de un tema muy controvertido, aunque entiendo que no existe obstáculo legal en la ley 19.550 para negar esa posibilidad, siempre y cuando la adopte el directorio, esto es, no provenga de una decisión unilateral del presidente de ese órgano, y se expongan en ella motivos contundentes para proceder de esa manera. La deficiente publicidad edictal por ejemplo, o la confección por el directorio de estados contables inexactos autorizarían sobradamente al órgano de administración de la sociedad para evitar la celebración de un acto asambleario, cuyas decisiones podrían ser cuestionadas legalmente o carecería de sentido adoptar, por las razones antes señaladas.

Sin embargo, el directorio no podría dejar sin efecto la convocatoria cuando la asamblea ha comenzado a sesionar, pues en tal caso, existiendo vicios que podrían invalidarla, deberá ser la propia asamblea la que tiene que resolver sobre su propio destino.

La jurisprudencia administrativa de la Inspección General de Justicia registra algunos casos interesantes en esta materia, y en alguna oportunidad fue cuestionada la actuación del directorio de una sociedad anónima que volvió a convocar nuevamente a una asamblea de accionistas, con los mismos e idénticos puntos del orden del día que la anterior, cuando ésta no había sido aún clausurada[217]. En otra oportunidad fue resuelto que la circunstancia de que el presidente de la sociedad anónima haya dejado sin efecto, en forma unilateral, la convocatoria a una asamblea de accionistas, resuelta por el directorio, no convierte a ese acto asambleario en un acto inexistente ni afecta la legitimidad y obligatoriedad de las decisiones adoptadas en la misma, toda vez que tal

unilateral actuación carece de todo andamiento jurídico, en tanto que si la ley 19.550, en su art. 236 requiere decisión del directorio a los fines de convocar a una asamblea de accionistas, es de toda evidencia que dejar sin efecto la aludida convocatoria implica, cuanto menos, una decisión que debe adoptar el mismo órgano convocante, con las mismas formalidades(218).

Los accionistas puede también requerir judicialmente la suspensión de la convocatoria a asamblea, como medida cautelar genérica prevista en el art. 232 del Código Procesal, cuando existan motivos graves que autoricen esa medida, aunque la jurisprudencia, en forma inexplicable, se ha exhibido totalmente restrictiva y cautelosa en ordenar este tipo de soluciones(219), con el argumento de que la única manera de frustrar los efectos de una decisión asamblearia es su posterior impugnación judicial. Ello constituye un grave error, pues el dictado de una medida cautelar suspendiendo la convocatoria podría evitar la tramitación de un litigio futuro, en el caso de que las irregularidades incurridas por el órgano de administración de la sociedad en la convocatoria de la asamblea fueran evidentes. Afortunadamente, y en los últimos años, se han registrado algunos fallos que han resuelto favorablemente esta medida cautelar, y tal fue lo acontecido en autos caratulados "Macri Mariano c/ Socma Americana SA s/ ordinario", en resolución dictada por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fecha 6 de octubre de 2013, donde se sostuvo que corresponde ordenar medidas cautelares cuando la convocatoria exhibe defectos en orden a las precisiones mínimas del aspecto a considerar. Se trataba, en ese caso, de una asamblea donde iba a ser considerada una importante dación en pago a terceros de activos de la sociedad, no obstante lo cual el orden del día carecía de claridad, precisión y completividad en torno a dicha operación, en tanto el orden del día delimita la competencia de la asamblea.

Art. 239.—

Actuación por mandatario. Los accionistas pueden hacerse representar en las asambleas. No pueden ser mandatarios los directores, los síndicos, los integrantes del consejo de vigilancia, los gerentes y demás empleados de la sociedad.

Es suficiente el otorgamiento del mandato en instrumento privado, con la firma certificada en forma judicial, notarial o bancaria, salvo disposición en contrario del estatuto.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 57, 102, 127, 136, 143, 157, 208, 318; resolución general 7/2015 Inspección General de Justicia, arts. 48, 81, 83, 85, 154, 169, 188, 200, 430, 490.; LSC Uruguay: art. 351.

§ 1. Asistencia a las asambleas. Apoderamientos

Pueden intervenir en las asambleas la totalidad de los accionistas, siempre y cuando no se hallen en mora en la integración de la misma (art. 192); los titulares de las acciones preferidas sin derecho a voto (art. 217); los directores, gerentes, síndicos y miembros del consejo de vigilancia (arts. 240, 241, 294 inc. 3º, y 281 inc. g de la ley 19.550); el fiduciario cuando la sociedad ha emitido debentures (art. 345, inc. 2º); los funcionarios de la Inspección General de Justicia (art. 158 de la resolución general IGJ 7/2015).

En cuanto a los accionistas, éstos pueden concurrir personalmente o mediante apoderado. En el primer caso, si se trata de una persona jurídica, quien concurra al acto asambleario debe justificar su carácter de representante legal. Si el presidente de la sociedad ha otorgado un poder a favor de una determinada persona física, el otorgamiento de éste debe surgir expresamente de una decisión del directorio adoptada válidamente y no puede ser producto de una actuación unilateral del presidente del directorio, pues en tal caso la actuación del apoderado en el seno de la asamblea es inválida, pudiendo ello provocar la nulidad del acto asambleario, cuando la sociedad que representaba revestía el carácter de controlante y sin su voto no se habrían podido adoptar los respectivos acuerdos[220].

Si se trata de una sociedad constituida en el extranjero que reviste el carácter de accionista de la sociedad local, aquella debe, a los fines de concurrir y participar en una asamblea convocada en ésta, haber cumplido con la inscripción prevista por el art. 123 de la ley 19.550 y por las normas dictadas por la Inspección General de Justicia desde el año 2003 (resolución general IGJ 7/2003; arts. 188 y ss. de la resolución general IGJ 7/2005 —Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia— hoy art. 242 de la resolución general 7/2015 y fundamentalmente, la resolución general IGJ 9/2005).

Si dicha sociedad ha cumplido con todas esas disposiciones legales, quien puede asistir a las asambleas de la sociedad local, participada por la compañía extranjera, es solo el representante inscripto de la misma (art. 123 de la ley 19.550) o por persona apoderada por éste o directamente por el representante legal de la sociedad foránea, pero no resulta válido el otorgamiento de un poder otorgado directamente desde el extranjero, pues ello importa una burla al régimen de publicidad y responsabilidad previstos por los arts. 121 y 123 de la ley 19.550 (resolución general 7/2015 de la Inspección General de Justicia: art. 242).

La cuestión relativa al otorgamiento de mandatos para concurrir a asamblea de accionistas ofrece determinados matices que interesa destacar.

En primer lugar, el accionista puede hacerse representar por apoderado, socio o tercero, siendo suficiente el otorgamiento del mandato en instrumento privado, con la firma certificada en forma judicial, notarial o bancaria, salvo disposición en contrario del estatuto, exigiendo instrumento público. El objetivo de ese requisito es dotar a la asamblea de un instrumento del cual surja en forma fehaciente e indudable la voluntad del apoderado de ser representado en el acto asambleario, y por ello, resulta válido un apoderamiento sin certificación notarial de firmas, si el accionista suscribe la autorización en presencia de los asistentes a las asambleas.

El poder general de administración habilita al mandatario para concurrir a la asamblea, aun cuando no contenga cláusulas en tal sentido. Obviamente, el poder judicial otorgado a un abogado, no lo habilita para concurrir a una asamblea de accionistas, por ser una actuación ajena al ámbito judicial, aún cuando el acto asambleario se celebre judicialmente, atento la especial naturaleza del procedimiento previsto por el art. 236, último párrafo de la ley 19.550.

En segundo lugar, el art. 239 primer párrafo es categórico en prescribir que no pueden ser mandatarios los directores, los síndicos, los integrantes del consejo de vigilancia, los gerentes y demás empleados de la sociedad. Dicha limitación persigue impedir que la dependencia de los mandatarios trabe el ejercicio cabal de sus funciones y que por esta vía se burlen las prohibiciones de voto que establecen los arts. 241 y 248 de la ley 19.550[221], haciendo predominar sus propios intereses como director que los intereses del accionista al cual representa. Dicha prohibición legal también tiende, como se ha dicho, a evitar que la asamblea de accionistas se convierta, en la práctica, en una reunión de directorio, como podría ocurrir en las pequeñas compañías[222].

Sin embargo, la prohibición prevista por el art. 239 de la ley 19.550 se refiere al mandato convencional y no al mandato legal, cuando se trata de una representación necesaria[223].

No resulta claro si la referencia a los "empleados de la sociedad", incluidos dentro de la prohibición prevista por el art. 239 de la ley 19.550 comprende solo a quienes están en relación de dependencia con la sociedad, o todos aquellas personas, que sin revestir ese carácter, perciben una remuneración periódica de la misma, como sucede con los contadores o abogados de la firma, cuya relación profesional con ésta se desarrolla a través de servicios o asesoramiento prestado al directorio de la compañía.

Por nuestra parte, y atento la finalidad de la norma, nos pronunciamiento por interpretar a la misma en un sentido amplio, incluyendo a dichos profesionales dentro del concepto de empleados y por lo tanto, alcanzados dentro de la prohibición prevista por el art. 239 primer párrafo de la ley 19.550, pues a diferencia de lo resuelto por la jurisprudencia en alguna oportunidad[224], creemos que el asesor contable o legal de la sociedad, que se presta efectivamente en la persona de los directores, carece de suficiente independencia para hacer predominar los intereses sociales por sobre el interés de la o las personas que, en la realidad sustancial, les abonan sus servicios.

La actuación del apoderado, en infracción a la prohibición prevista por el artículo en análisis puede provocar la nulidad de la asamblea o de sus decisiones asamblearias, según el caso, cuando el voto de su mandante fue dirimente para la obtención de la mayoría necesaria para su adopción, sin perjuicio de constituir esa actuación un grave incumplimiento que justifica la remoción del director o síndico que hayan actuado de esa manera, así como la imposición de una multa por parte de la Inspección General de Justicia(225).

Otra cuestión que reviste interés es la posibilidad de otorgar el mandato previsto por el art. 239 de la ley 19.550 a una persona jurídica, criterio que a nuestro entender debe ser descartado, sobre la base de que el apoderamiento previsto por dicha norma se otorga en base a la confianza personal que el accionista debe tener en el mandatario. Una tesis contraria favorecería burlar la norma del art. 239 primer párrafo, de indudable contenido ético, pies podría fácilmente burlarse la prohibición contenida en dicha norma mediante la utilización de una sociedad pantalla, detrás de las cuales se esconderían las personas físicas sobre las cuales pesa esa prohibición.

Utilizando estos mismos fundamentos, la inspección General de Justicia denegó, en este mismo sentido, la inscripción en el Registro Público de Comercio en los términos del art. 123 de la ley 19.550 de la designación por una sociedad constituida en el extranjero de su representante en el país, cuando había sido designada desde el exterior a una persona jurídica para cumplir tales funciones, las cuales están limitadas al ejercicio de los derechos de socio en una sociedad local, entre ellas y fundamentalmente, la participación en asambleas de accionistas(226).

Un problema interesante lo plantea el mandato irrevocable, entendido como aquel que se otorga con expresa mención de la renuncia por parte del accionista a revocarlo, ya sea directamente, mediante la designación de un nuevo mandatario o indirectamente concurriendo en forma personal a las asambleas. La doctrina nacional se ha pronunciado mayoritariamente en sentido negativo, por diversas razones, con argumentos que se comparten. En tal sentido, Halperin ha sostenido la inaplicabilidad del art. 1977 del Código Civil para tal supuesto, posición de la que Zaldívar participa, en la medida en que conforme la normativa societaria; nunca el interés del mandatario o el de un tercero contemplados en ese artículo pueden ser aceptados como intereses lícitamente prevalecientes sobre el interés del socio y el social.

En el mismo sentido se pronuncian Sasot Betes y Sasot, para quienes el derecho de votar y participar en asambleas deriva de la condición de socio, y admitir lo contrario implicaría aceptar que el mandatario irrevocable podría, en caso de concurrir personalmente el accionista a la asamblea, pedir la nulidad de la decisión asamblearia tomada con el voto de aquel —ya que el mandato irrevocable es cuestión que a la sociedad le resulta ajena— y cambiar la decisión por su voto en contra, no obstante no ser socio.

A mi juicio la posición es la correcta, pues si el voto es considerado un derecho esencial, mínimo e inderogable del accionista, fundado en el principio de la organización democrática de las sociedades anónimas, no puede concebirse

que estos mediante el recurso de otorgar un mandato irrevocable, y suscribiendo sólo el contrato original, se desinteresen de la marcha de la sociedad, alentándose de tal forma la constitución de sociedades por simples personeros. El accionista no puede renunciar definitivamente a su derecho de voto, ni cederlo separándolo del título[227], pues mediante el ejercicio de ese derecho participa en la administración de la sociedad, votando en las asambleas generales.

La misma ley 19.550 ratifica esta solución en dos disposiciones legales: en el art. 239 en cuanto dispone que el mandato debe ser otorgado para concurrir a una asamblea determinada, y en el art. 219, al establecer que en caso de embargo o prenda sobre las acciones, el deudor prendario o embargado conserva sus derechos de socio, estando obligado incluso el acreedor a facilitar el ejercicio de esos derechos, mediante el depósito de las acciones o por otro procedimiento que garantice los mismos.

Finalmente cabe tener presente:

a) Un mismo apoderado puede representar a dos o más accionistas en la misma asamblea, resultando admisible que emita su voto en sentido inverso, según la representación que ejerza. Si representa a algunos de los funcionarios inhabilitados por el art. 241, deberá abstenerse en la votación de los asuntos mencionados por dicha norma legal[228].

b) El mandato no puede otorgarse a la sociedad, pues equivale a otorgarlo a sus directores, ni resulta admisible tampoco la actuación de un gestor, resultando inválida en consecuencia la ratificación posterior del accionista, de conformidad a los términos del art. 239 de la ley 19.550[229].

c) El mandato oculto es indiferente para la sociedad y no puede discutirse el derecho de participar en la asamblea de quien invoca la calidad de accionista. Sin embargo, esta representación resulta inadmisible cuando a través de la misma se pretenda eludir expresas prohibiciones consagradas por la ley 19.550, facilitando de tal modo la indirecta participación en las asambleas de accionistas o que, por limitaciones estatutarias o legales, de quienes no pueden concurrir o votar en ellas[230]. En tal caso, cualquier accionista, director o síndico podrán cuestionar la participación del mandatario simulado, a través de las vías previstas por los arts. 955 a 960 del Código Civil.

d) En todos los supuestos de representación, el mandatario goza a su favor del derecho de información en los mismos términos que los tiene el representado, derecho que no puede ser retaceado, aun cuando le haya sido otorgado un mandato imperativo, es decir, con indicación precisa en el instrumento del mandato del sentido en que tiene que emitir su voto.

e) Los poderes otorgados deben ser conservados por la sociedad, como así también los instrumentos acompañados para acreditar una representación necesaria (tutor, curador, padre en ejercicio de la patria potestad, etc.) o legal (síndico del fallido o concursado, administradores de personas jurídicas, etc.), todos los cuales pueden ser controlados por los accionistas a los efectos de verificar su legalidad.

f) Finalmente, el examen de la vigencia, legalidad o suficiencia del mandato es competencia exclusiva de la asamblea, dentro de la cual esta cuestión deberá ser incorporada, antes de comenzar a tratar los puntos del orden del día. Si la decisión es contraria a la permanencia del apoderado, su representado podrá cuestionar la misma a través de la vía prevista por el art. 251 de la ley 19.550, pues se trata de un acuerdo asambleario adoptado en una cuestión que nunca puede ser considerada como ajena al orden del día.

§ 2. Concurrencia de Inspectores de Justicia a las asambleas de accionistas

2.1. Actuación de los inspectores de justicia

Los arts. 161 a 169 de la resolución general IGJ 7/2015 prevén expresamente la concurrencia de Inspectores tanto a las asambleas como a reuniones de directorio, los cuales pueden ser enviado de oficio o a petición de interesado —accionistas, directores y síndicos— quienes deben requerir la asistencia de los mismos con una anticipación de cinco días hábiles al fijado para la celebración del acto asambleario. El peticionante debe justificar su carácter de persona legitimada para requerir la presencia de inspectores de justicia y debe además explicar las razones por las cuales funda su petición.

El art. 16 de las aludidas normas de la Inspección General de Justicia aclara dos cuestiones de suma importancia: a) que el inspector de justicia enviado por el organismo de control, al cual le otorga el carácter de veedor, carece de facultades resolutivas y b) que la presencia del mismo no convalida la legalidad de la asamblea o la legalidad de las resoluciones adoptadas en ella.

El Inspector de Justicia debe permanecer en la asamblea todo el tiempo que dure la misma, debiendo verificar el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y estatutarias, desde la convocatoria hasta el contenido del acta, la cual debe ser exhibida por la sociedad al referido funcionario, ya transcripta en el libro correspondiente, dentro de los 15 días hábiles posteriores a la clausura de la asamblea (art. 162 resolución general 7/2015), momento a partir del cual el "inspector-veedor" deberá confeccionar un informe y emitir un dictamen sobre lo acontecido en la asamblea —o reunión de directorio— pudiendo aconsejar la declaración de irregularidad e ineficacia a los fines administrativos de la asamblea o de algunas decisiones adoptadas en ella o referirse a la ulterior inscripción de ellas en el Registro Público. Este dictamen no será vinculante para el Inspector General de Justicia.

Dispone asimismo el art. 163 de la aludida resolución general de la Inspección General de Justicia que cuando existiesen diferencias sustanciales entre el contenida del acta labrada por la sociedad y el del informe del inspector de

justicia, se estará a las constancias de este último, al cual le otorga el carácter de instrumento público, en los términos del art. 289 inc. b) del Código Civil y Comercial de la Nación, hasta tanto no medie favorable acogimiento de redargución de falsedad sobre su contenido, pues dicho instrumento hace plena fe con los mismos alcances de los arts. 293 y 296 del aludido ordenamiento unificado.

2.2. Impedimentos a la actuación del inspector de justicia y de otros profesionales requeridos para la concurrencia a una asamblea de accionistas

En cumplimiento del mandato de procurar el correcto y legal funcionamiento de las sociedades comerciales, y para poner fin a ciertas prácticas, que la realidad enseñaba como frecuentes, ante la total indiferencia de la justicia en ponerles coto, la Inspección General de Justicia se abocó al problema de la expulsión del funcionario que, en representación de este Organismo, pretendía asistir a una asamblea de accionistas y su labor era impedida o dificultada por las autoridades de la sociedad. Del mismo modo, consideró necesario la Inspección abocarse a otro problema casi idéntico: la admisión de la presencia de escribanos públicos, taquígrafos u otros auxiliares requeridos para concurrir al acto asambleario por uno o varios accionistas, a su exclusiva costa, cuya presencia, por lo general, no era admitida por las autoridades de la sociedad o por el grupo de control, con argumentos inadmisibles, como por ejemplo, que se trataba de una reunión de accionistas, ajenas a todo tercero que pretendiera participar en las mismas; que la sociedad ya había contratado otro funcionario para labrar el acta o simplemente dicho auxiliar era expulsado sin la menor contemplación ni fundamento, actuaciones encuadrables dentro del concepto de abuso de mayorías (art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación), cuando esa decisión era adoptada por los accionistas presentes o tomadas en abuso de facultades, cuando la cuestión era así zanjada por los directores presentes en el acto asambleario (art. 274 de la ley 19.550).

Para evitar esas alternativas, fue sostenido en el expediente "Propel Sociedad Anónima, Comercial, Industrial e Inmobiliaria" (resolución IGJ 166 del 23 de febrero de 2004), que la negativa de la sociedad de permitir el ingreso de escribanos en la celebración de los actos societarios o en las gestiones efectuadas por el denunciante a los fines de compulsar determinada documentación social, constituye una actuación reprochable en derecho, pues la presencia de dicho funcionario, cuando fue requerida por el denunciante —lo cual supone que los costos de la actuación del escribano serán soportados por éste— no causa agravio a la sociedad, salvo supuestos excepcionalísimos (por ejemplo, la existencia de un temario donde se debata un secreto comercial de la compañía, hipótesis de nula presentación en la práctica). Concluyó la autoridad de control en el sentido de que constituye un derecho inherente a la calidad de accionista disponer a su costa la asistencia de un escribano a los fines de constatar lo acontecido en una asamblea de accionistas y la negativa de la mayoría a admitirlo constituye una manifiesta arbitrariedad y un abuso de facultades encuadrable en las disposiciones del art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por su parte, y en lo que respecta a la perturbación de la actuación de los Inspectores de Justicia, enviados a fiscalizar la legalidad de los actos asamblearios, corresponde recordar que la Inspección General de Justicia, con anterioridad al dictado de la resolución general IGJ 7/2015, por expresa disposición del art. 19 del decreto 1493/82,reglamentario de la ley 22.315, está facultada para asistir, cuando lo estime necesario, a las asambleas de sociedades por acciones, asociaciones civiles y fundaciones, disposición legal que no necesariamente requiere que la presencia de dichos funcionarios haya sido solicitada por un accionista. Huelga recordar asimismo que la presencia de inspectores de justicia, en las reuniones asamblearias de las sociedades anónimas, forma parte de la actividad de fiscalización que la Inspección General de Justicia debe desplegar sobre las sociedades por acciones, de conformidad con lo dispuesto por el art. 6º inc. b) de la ley 22.315.

No obstante esas claras atribuciones, deducibles de una simple lectura de las normas y resoluciones generales que regían la actividad de la Inspección General de Justicia antes del dictado de las Nuevas Normas de la IGJ, no fueron pocos los casos en donde las autoridades de la sociedad, con carácter previo a la celebración del acto asambleario, se ocuparon de obstruir el ejercicio de dichas funciones de fiscalización; no admitiendo su presencia o sencillamente expulsarlos del recinto donde se llevaba a cabo la celebración del acto asambleario. Por ello la Inspección General de Justicia entendió que actuaciones de esa naturaleza, de lamentable reiteración en la práctica, debían merecer una ejemplar sanción y ello se presentó en oportunidad de celebrarse una asamblea de accionistas en la sociedad "José Negro Sociedad Anónima", donde la expulsión de los referidos funcionarios fue justificada en la inasistencia del accionista que había requerido la asistencia de los mismos. Entendió la autoridad de control (resolución IGJ 917/2004, del 9 de agosto de 2004) en dicho precedente que la actitud obstructiva del ejercicio de las funciones de fiscalización por parte de los Inspectores de Justicia enviados a los fines del control de dicho acto se encuentra configurada no solo por la actuación del director —en el caso el vicepresidente del directorio— que materializó la expulsión de dichos funcionarios, sino también de la inacción y consentimiento tácito prestado por los demás directores, que nada hicieron para evitar esa ilegítima forma de proceder, resultando procedente la aplicación de una ejemplar multa (art. 302 inc. 3º de la ley 19.550) a ambos directores, habida cuenta que se trata de una gravísima infracción, al frustrar las facultades de la Inspección General de Justicia de controlar el funcionamiento de las sociedades, como le ha sido encomendado legalmente.

La sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial, en resolución del 11 de noviembre de 2004 no solo ratificó la aplicación de esa multa, sosteniendo que el cuestionamiento de la designación de los veedores designados por la Inspección General de Justicia a los fines de la concurrencia a una asamblea de accionistas soslaya las facultades otorgadas a dicho organismo, sino que también compartió el tradicional criterio administrativo en materia de la impugnabilidad judicial de los informes presentados por los Inspectores de Justicia asistentes a la asamblea, por cuanto su naturaleza constituye un acto interno de administración y no un acto administrativo propiamente dicho, que carece de toda consecuencia fuera de la sociedad[231].

El impedimento u obstrucción de las funciones de los Inspectores de Justicia, o de los auxiliares requeridos por el accionista, puede incluso determinar que la Inspección General de Justicia declare la ineficacia e irregularidad de dicha asamblea a los fines administrativos, en efectivo cumplimiento de las facultades previstas por el art. 6º inc. f) de la ley 22.315, lo cual podría suceder en innumerables casos, como por ejemplo, cuando se discute la fidelidad del acta labrada por la sociedad, y la no admisión del escribano o inspector de justicia o su expulsión posterior, lo que es lo mismo, ha evitado la posibilidad de recurrir a un medio de prueba de mayor confianza para advertir lo ocurrida en el acto asambleario.

Todos esos precedentes persuadieron en la necesidad de incluir una disposición expresa en las Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia (resolución general IGJ 7/2005) tendiente a evitar o sancionar ese tipo de maniobras, disponiendo actualmente el art. 164 de este ordenamiento, bajo el título de "Impedimentos a la actuación del Inspector de Justicia" que "El impedimento u obstrucción total o parcial a la presencia o actuación del inspector de justicia en las asambleas y reuniones de directorio o al ejercicio de sus derechos por parte de los asistentes, como así también a la presencia de escribano público, taquígrafo, traductor o intérprete, requerida a su costa por cualquiera de ellos, harán pasibles a la sociedad y los directores o síndicos responsables, del máximo de la multa contemplada en los arts. 13 de la ley 22.315 y 302 inc. 3º de la ley 19.550, sin perjuicio, cuando corresponda, de la declaración de irregularidad e ineficacia del acto a los efectos administrativos".

Repare el lector que la norma antes transcripta también sanciona el impedimento u obstrucción por parte de las autoridades de la sociedad o de la asamblea, del ejercicio de los derechos que la ley confiere a todo accionista cuando pretende participar en una asamblea de accionistas (participación efectiva, ejercicio del derecho de información en el seno de la misma, vos y voto en cada uno de los puntos sometidos a consideración del órgano de gobierno de la sociedad), y no han sido pocos los precedentes administrativos donde la Inspección General de Justicia, con anterioridad al dictado del art. 164 de la resolución general 7/2015), dispuso la irregularidad e ineficacia a los fines administrativos de un acto asambleario celebrado por una sociedad anónima en la cual se impidió a un accionista su participación a una asamblea de accionistas, sin una razón objetiva, fundada y comprobada que justificara la privación del ejercicio de esos derechos inderogables[232].

Art. 240.—

Intervención de los directores, síndicos y gerentes. Los directores, los síndicos y los gerentes generales tienen derecho y obligación de asistir con voz a todas las asambleas. Sólo tendrán voto en la medida que les corresponda como accionistas, con las limitaciones establecidas en esta sección.

Es nula cualquier cláusula en contrario.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 241, 280 y ss. Resolución general 7/2015 Inspección General de Justicia, arts. 48, 81, 83, 85, 154, 169, 188, 200, 430, 490.LSC Uruguay: art. 352.

Art. 241.—

Inhabilitación para votar. Los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales, no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión. Tampoco lo pueden hacer en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 72, 248. Resolución general 7/2015 Inspección General de Justicia, arts. 48, 81, 83, 85, 154, 169, 188, 200, 430, 490.LSC Uruguay: art. 387.

§ 1. Intervención de los directores, síndicos, consejeros de vigilancia y gerentes en las asambleas de accionistas

Los arts. 241 y 248 de la Ley de Sociedades Comerciales establecen ciertas inhabilitaciones para votar en las asambleas de accionistas, que pesan sobre las siguientes personas:

a) Sobre los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales, que no pueden emitir su voto cuando los acuerdos asamblearios versan sobre la aprobación de sus actos de gestión y sobre las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa (art. 241, LSC).

b) Sobre los accionistas que tuvieran un interés contrario al de la sociedad en una determinada operación o actuación social que deba ser resuelta por el órgano de gobierno (art. 248, LSC).

En puridad, las inhabilitaciones establecidas por el art. 241 no constituyen más que meros ejemplos de la prohibición contenida en el art. 248, que debe ser considerada como principio general, y que tiende a custodiar el interés social, procurando que todos los accionistas emitan su voto en beneficio de la sociedad y no en su propio interés.

La verdadera razón de la norma del art. 241 de la ley 19.550 —ha dicho la jurisprudencia— tiende a la protección de la sociedad y a evitar que por imperio

de un conflicto de intereses, pueda optarse por una decisión que afecte el interés societario. En cierto modo, se basa en principios de buena fe y de ética, requiriendo que el acto asambleario, como todo acto jurídico, no sea contrario a la moral ni a las buenas costumbres(233).

De manera tal que la actuación en interés de la sociedad constituyen condición esencial para la emisión del voto por el accionista, que podrá ser nulificado cuando el mismo haya sido emitido persiguiendo un fin propio o extrasocietario(234).

Ello se advierte con toda nitidez frente a las prohibiciones establecidas por el art. 241 de la ley 19.550, que veda a los administradores y síndicos emitir su voto cuando se considera la gestión de los mismos, pues con ello se tiende a evitar que esos funcionarios puedan convertirse en jueces de su propia conducta y actuación(235). Como bien ha sido sostenido, son razones fundadas en la ética y la buena fe, además de la custodia del interés social, los que fundamentan las prohibiciones establecidas en esa norma(236).

La ley 22.903 ha reformado el texto original del art. 241, LSC, eliminando la prohibición que pesaba sobre los administradores, síndicos, consejeros de vigilancia o gerentes generales de emitir su voto cuando la asamblea de accionista considera la aprobación de los estados contables y la remoción de los mismos sin expresión de causa.

Ambas modificaciones cuentan con sólidos fundamentos, toda vez que:

1. La aprobación de los estados contables no implica la de la gestión de los directores, administradores, gerentes o miembros del consejo de vigilancia ni importa la liberación de su responsabilidad. El art. 72 de la ley 19.550 es categórico sobre el punto, y se basa en la distinta finalidad que tienen ambas decisiones, pues la presentación a la asamblea de accionistas de los estados contables del ejercicio, no significa otra cosa que la rendición de cuentas sobre los negocios sociales efectuada por los administradores durante un determinado período. La aprobación de la gestión de los administradores o gerentes de la sociedad va más allá de aquella decisión, pues tiende a merituar la actuación de los mismos durante ese período. En otras palabras: los estados contables del ejercicio pueden ser aprobados, aun cuando los resultados fueran negativos, si en ellos se reflejan correctamente las actividades de la sociedad, pero esa admisión no implica la aprobación de la gestión de los administradores o la liberación de su responsabilidad, si la gestión de los mismos, al frente de la sociedad, no ha sido juzgada satisfactoria.

2. La remoción sin invocación de causa de los administradores y síndicos no implica decisión asamblearia que suponga el juzgamiento o la evaluación de la gestión de los mismos, sino que constituye un mecanismo previsto por la ley 19.550 para facilitar la renovación de los integrantes de los órganos de administración y fiscalización. De manera tal que si el legislador no ha exigido la necesidad de justa causa para la remoción de los mismos, estos, como accionistas, no se convierten en juez de su actuación, pues su evaluación resulta indiferente cuando la remoción no se funda en el mal desempeño de sus cargos.

La reforma efectuada por la ley 22.903, que había sido reclamada por la doctrina en forma unánime durante los diez años en que estuvo vigente la versión original del art. 241 de la ley 19.550, en cuanto a la derogación de la prohibición que pesaba sobre los accionistas directores o síndicos para emitir su voto en la aprobación de los estados contables, brinda solución a un problema que se presentaba con gran frecuencia en las sociedades anónimas cerradas, de pocos integrantes, en las cuales los directores son, en la gran mayoría de los casos, los accionistas de la sociedad.

El texto original del art. 241 llevaba al inconveniente de que muchas veces los estados contables no podían ser objeto de aprobación, o que, en otros supuestos, la aprobación de los mismos quedaba en manos exclusivamente de grupos minoritarios, que se aprovechaban de esa circunstancia con fines extrasocietarios, especulando con ello para una venta de sus participaciones societarias en condiciones más ventajosas.

Bien es cierto que esa prohibición, a los efectos de evitar esas situaciones, era superada mediante el sencillo y no menos ilegítimo recurso de la venta simulada de las participaciones accionarias por parte de los accionistas inhabilitados, valiéndose de efímeras transferencias en donde repentinamente aparecían, como los dueños de los paquetes accionarios mayoritarios, los parientes, familiares, amigos de los accionistas controlantes o sociedades provenientes de paraísos fiscales —sociedades off shore— que eran meras pantallas detrás de los cuales los accionistas dueños del paquete de control se escondían, precisamente para sortear las prohibiciones previstas por los arts. 241 y 248 de la ley 19.550.

La doctrina nacional, durante la vigencia del texto original del art. 241 de la ley en análisis, y a los fines de superar los inconvenientes que originaba la falta de aprobación de los estados contables cuando todos los accionistas eran directores, en virtud de la prohibición contenida en dicho artículo, había sostenido que, en tales casos, la aprobación de la documentación prevista por el art. 234, inc. 1º, LSC, debía considerarse automática, con la correspondiente resolución del directorio y aprobación de la sindicatura[237], lo cual constituía un grave error, toda vez que la ley 19.550 requiere expresa decisión de la asamblea para la aprobación de los estados contables y, por otra parte, jamás puede reemplazarse la voluntad del órgano de gobierno con la del órgano de administración, pues el legislador ha previsto una competencia específica para cada uno de ellos. Si a ello se le suma que la no emisión del voto no puede nunca ser considerada manifestación positiva de voluntad, resulta de toda evidencia que la opinión de la doctrina, que predicaba la aprobación automática de esos instrumentos, a pasar de la prohibición de voto que pesaba sobre los accionistas para resolver sobre tal cuestión, se encontraba en expresa colisión con lo dispuesto por el art. 241 y constituía una expresión de deseos más que otra cosa.

Era pues evidente que ese estado de cosas no podía ser mantenido, pues como hemos dicho y para superar el valladar impuesto por el art. 241 de la ley societaria, y con ello la aprobación de los estados contables, los accionistas directores de la sociedad recurrían a todo tipo de maniobras simuladas. Concretamente, la práctica demostró que para eludir una prohibición impuesta

por la ley por razones éticas, no quedaba más remedio que recurrir a maniobras de harto discutible legalidad (como la transferencia efímera y simulada de paquetes accionarios), como única manera de obtener la aprobación de los estados contables, decisión que adquiere una importancia fundamental en la vida de la sociedad, pues de ella se deriva la remuneración de los administradores, aprobación de la gestión de los mismos y distribución de las ganancias del ejercicio.

Puede decirse entonces que con la eliminación de la decisión que aprueba los estados contables de la sociedad entre aquellos actos prohibidos por el art. 241 de la ley 19.550, la ley 22.903 dio un paso sumamente importante para facilitar el funcionamiento de la sociedad, pues otorga a la aprobación de los estados contables la importancia que merece, y que no constituye otra cosa que una admisión de la rendición de cuentas de los administradores, sin abrir juicio sobre la conducta o desempeño de los mismos al frente de la dirección de la sociedad.

Iguales consideraciones deben formularse sobre la derogación efectuada por la ley 22.903 referida a la prohibición que pesaba sobre los administradores, gerentes, síndicos o consejeros de vigilancia cuando la asamblea de accionistas debatía la remoción sin causa de los mismos, pues en tales supuestos, el director o síndico removido podía, como accionista, participar con su voto en la elección de los nuevos integrantes de los órganos de administración y fiscalización, de manera tal que aquella prohibición resultaba sencillamente irrelevante. Por el contrario, la remoción con causa de un director, síndico o consejero de vigilancia impide a los mismos ser elegidos como tales en la renovación de los integrantes de los órganos de administración y fiscalización, lo cual constituye argumento fundamental para distinguir entre uno y otro supuesto(238).

Debe tenerse presente también, que esa interpretación surgía, aunque no con la claridad necesaria, del texto original del art. 241, que prohibía a los integrantes de los órganos de administración y control para tomar parte "en las resoluciones referentes a su responsabilidad y remoción", refiriéndose, aparentemente, al supuesto contemplado por el art. 276, que dispone la automática remoción del director cuya responsabilidad ha sido juzgada por la asamblea de accionistas.

Aclarado lo expuesto, cabe señalar que la prohibición de voto no impide a las personas mencionadas en el art. 241 de la ley en análisis, el participar en el debate previo a la votación, y ello por varias razones:

1. Por cuanto las incapacidades de derecho no pueden ser extendidas por analogía, atento su carácter excepcional.

2. Por cuanto la participación de los directores, síndicos, consejeros de vigilancia y gerentes generales en el debate previo a la aprobación de su gestión o de su remoción y responsabilidad debe considerarse fundamental, a los efectos de tomar cabal conocimiento de las circunstancias que motivan esas decisiones. Por otra parte, la participación de los mismos garantiza su derecho de defensa.

3. Finalmente, por cuanto la ley, cuando ha querido suprimir el ejercicio del derecho de deliberación, lo ha expresado en términos claros y concretos, como

sucede con la actuación de los directores en los acuerdos del directorio en los cuales aquellos tengan interés contrario (art. 273, LSC).

§ 2. Consecuencias de la violación a lo dispuesto por el art. 241 de la Ley de Sociedades Comerciales

La cuestión ha sido debatida en nuestra doctrina y ha merecido clarificadores fallos judiciales, en conflictos en los cuales se debatió la validez de actos asamblearios en los cuales el accionista afectado por las prohibiciones establecidas por el art. 241 de la ley societaria emitió su voto y contribuyó a formar mayoría.

Un primer aspecto de la cuestión radica en determinar la sanción a la prohibición legal, habiéndose sostenido dos interpretaciones:

a) La primera, que se atiene a la literalidad del párrafos 2º, art. 248, LSC (que, se reitera, constituye el principio general, del cual el art. 241 es sólo un ejemplo), y conforme al cual la única consecuencia de haber emitido el voto en las condiciones previstas por esta última norma, se reduce a la responsabilidad del accionista por los daños y perjuicios, sin quedar afectada la validez de la decisión.

b) Por el contrario, otros autores y otros fallos sostienen que, sin perjuicio de esta responsabilidad, que siempre se mantiene, la violación al deber de abstenerse de votar entraña la nulidad de la resolución, pues se presenta en el caso un supuesto de nulidad implícita o virtual prevista por los arts. 18 y 1037 del Código Civil[(239)]. Esta es la doctrina que cuenta con mayores adhesiones, y la que mejor se compadece con la protección de la sociedad, pues la acción resarcitoria parte de la base de la existencia de perjuicios concretos, que pueden ser evitados si la fuente generadora de los mismos, estos es, una decisión asamblearia adoptada con los votos de los accionistas inhabilitados por el art. 241 de la ley en análisis, puede ser dejada sin efecto a través de la acción impugnatoria prevista por los arts. 251 a 254 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Por otra parte, si se entiende que la decisión asamblearia así adoptada, sólo genera responsabilidad de los accionistas infractores a la directiva del art. 241 de la ley societaria, manteniendo incólume su validez, ello supone sostener que el voto emitido por el sujeto incapaz, en el caso, los directores, síndicos, consejeros de vigilancia y gerentes generales, no quedaría afectado por la nulidad, lo cual contradice la doctrina que predica la existencia de una nulidad implícita correspondiente a la violación de cada prohibición legal, lo cual ha hecho decir a la jurisprudencia, resolviendo un supuesto en el cual se debatía la invalidez de determinados actos societarios, que los actos contrarios a derecho,

para los cuales no existe sanción determinada, son reprobados con la sanción de nulidad[240].

La referencia efectuada por el art. 248 de la ley en análisis, al resarcimiento de los años y perjuicios para cualquier caso en que el accionista infractor tuviera un interés contrario al emitir su voto, no descarta la nulidad de ese voto, sino que ratifica, para un caso específico, la norma prevista por el art. 254, párrafo 1º, LSC que hace responsable en forma solidaria e ilimitada a los accionistas que hubieran votado favorablemente una resolución que se declare nula, por las consecuencias que ese acuerdo ocasione a la sociedad.

En definitiva, creemos que la sanción que corresponde en el caso de violación a lo dispuesto por el art. 241 de la ley societaria (y aplicable también a lo dispuesto por el art. 248, LSC), es la nulidad del voto del accionista infractor, sin que corresponda discriminar la intención del mismo, la existencia de perjuicios o ahondar sobre la colisión de intereses.

Esa nulidad solo puede afectar la validez de la decisión asamblearia, si el voto de los accionistas inhabilitados fue fundamental para lograr la mayoría, o, expresado con otras palabras, si solo mediante ellos se pudo reunir las mayorías necesarias para obtener la decisión impugnada[241]. Esta solución ha sido admitida en forma pacífica y reiterada, no admitiendo la impugnación de una decisión asamblearia cuando, mediante la denominada "prueba de la resistencia", se comprueba que, aun sin el voto del aquel determinado socio, se habría obtenido igualmente la mayoría[242].

No obstante la claridad de todo lo expuesto, y siempre exhibiendo un inadmisible criterio refractario a toda declaración de nulidad de un acto jurídico, alguna jurisprudencia de nuestros tribunales comerciales ha exigido a quien impugna la decisión asamblearia en las cuales la mayoría se hubo formado con el voto emitido en violación de lo dispuesto por el art. 241 de la ley en análisis, la prueba de la existencia del perjuicio para el interés de la sociedad[243], requisito este que el ordenamiento no exige, como no podía exigirlo de ninguna manera, porque lo ilícito será siempre ilícito, aunque no haya causado perjuicio alguno, y máxime tratándose de aquellos actos prohibidos por los arts. 241 y 248 de la ley 19.550, cuya celebración afecta los principios de buena fe y de ética, pues el director, gerente, síndico o consejero de vigilancia que se convierte en juez de su propia gestión, incurre en una actuación que ofende la moral y las buenas costumbres[244].

En una parecida línea de pensamiento, ha sido sostenido por la jurisprudencia en varias oportunidades, que la eventual nulidad por violación a lo dispuesto por el art. 241 de la ley 19.550 no tiene el carácter de orden público ni trae tampoco como consecuencia la nulidad absoluta de la decisión tomada; solo dicha prohibición consagra en el aspecto que se analiza, una nulidad de tipo relativa[245], y como tal obliga a analizar si en la emergencia de que se trata, se obró haciendo prevalecer el interés contrario y si realmente ocasionó un verdadero perjuicio a la sociedad, ya que por la mera situación de los hechos no pueden resultar los graves motivos de orden moral y de previsión como fundamento de lo establecido en el art. 241 de la ley 19.550"[246].

Esta manera de pensar, que además de ignorar el funcionamiento práctico de una sociedad, carece de todo respaldo legal y además resulta ofensiva de toda pauta ética y moral, pues ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico subordina la declaración de nulidad, aún cuando se trate de una nulidad relativa, a la efectiva existencia de daños y perjuicios. Parecería, de acuerdo a esa manera de razonar y resolver, que el seno de una sociedad comercial, cualquiera puede hacer lo que se le viene en ganas, inclusive violando la ley, los estatutos o los reglamentos, pues solo procederá la declaración de nulidad si hay perjuicio para la sociedad, interpretación que ofende al sentido común.

Por nuestra parte pensamos que la violación a lo dispuesto por los arts. 241 y 248 de la ley 19.550, precisamente, por el fundamento moral y ético que las inspiran, producen una nulidad absoluta, pues como ha sido reiteradamente expuesto por la jurisprudencia, el director o gerente que vota aprobando su propia gestión, contra toda regla de ética y buena fe, se convierte en juez de su propia conducta(247). Si así se entiende el fundamento de tal prohibición, no pueden caber dudas de que la nulidad a los actos que implican infracción a la misma, deben tener el carácter de absolutas, las cuales han sido establecidas, como es sabido, para proteger el orden social, las buenas costumbres o, de un modo más general, cuando se afecta el orden público"(248), y (249).

No se trata, en el caso, de meras incompatibilidades para ejercer un cargo, sino de expresas prohibiciones fundadas en intereses superiores: el director, gerente, síndico o consejero de vigilancia, cuando éstos revisten además el carácter de accionistas, tienen prohibido ejercer su derecho de voto en las asambleas donde se debate su gestión, su responsabilidad, su remoción con causa y su retribución.

Se ha sostenido también, en algún precedente jurisprudencial aislado, y a los efectos de fundamentar el carácter relativo de la nulidad de los actos que importan violación del art. 241 de la ley en análisis, que dicha norma solo contempla el interés encontrado que puede existir entre el director y la sociedad, procurando evitar el ejercicio abusivo por parte de la minoría(250), lo cual no considero acertado. Reitero que, a mi juicio, no se trata, en el caso, de un supuesto de nulidad relativa, instituida en protección de la sociedad, sino en contra del incapaz —como es característica de las incapacidades de derecho— para prevenir incorrecciones o actos socialmente indeseables, que al legislador le ha interesado sancionar de una manera abstracta, independiente de las particularidades de cada caso.

De allí que, contrariamente a lo sostenido por algunos fallos(251), la nulidad del voto del incapaz debe prosperar aun cuando no se haya demostrado la existencia de perjuicios que para la sociedad y la minoría se han derivado de tal situación, pues el carácter absoluto de la nulidad que afecta la violación de los arts. 241 y 248 de la ley 19.550 descartan esa exigencia, toda vez que, como lo expresa Llambías, aquello que es inmoral no puede transformarse en moral, en el caso, por la inexistencia de perjuicios concretos.

En definitiva, la nulidad del voto emitido en violación a lo dispuesto por el artículo en análisis es insoslayable en todos los casos, con prescindencia de las

circunstancias de cada caso, pues los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o gerentes que emiten su voto en los supuestos en los cuales la ley les veda hacerlos, son incapaces de derecho. Dicha nulidad puede hasta ser declarada de oficio, cuando aparece manifiesta en el acto, pero se reitera, la declaración de nulidad del voto emitido por las personas, mencionada por el art. 241 de la ley 19.550 no implica necesariamente la nulidad del acuerdo asambleario aprobado con el voto de aquellas, sino sólo y en la medida de que con aquellos votos se hubieran logrado las mayorías necesarias para obtener la decisión impugnada(252).

Pero además de la nulidad de la correspondiente decisión asamblearia y la responsabilidad de los sujetos mencionados en el art. 241 de la ley 19.550, la jurisprudencia ha admitido la procedencia de la intervención judicial, en grado de veeduría, cuando los directores, como accionistas, votaron la fijación de su propia remuneración y la consideración de su responsabilidad, en contra de lo dispuesto por aquella norma(253).

§ 3. Las prohibiciones establecidas por el art. 241 de la Ley de Sociedades Comerciales no pueden ser extendidas por analogía

Ha sido también discutido si la prohibición prevista por el art. 241 de la ley 19.550 puede ser extendida a otros supuestos, como por ejemplo, cuando la asamblea resuelve la remuneración de los integrantes de los órganos de administración y fiscalización, tema este donde los administradores tienen un evidente interés contrario.

Halperin(254), extiende la prohibición que pesa sobre las personas mencionadas por el art. 241 de la ley en análisis a los acuerdos sociales en los cuales la intervención de los directores, síndicos, consejeros o gerentes generales sea incompatible con su calidad, mencionando como ejemplo la formación de reservas, sus remuneraciones, distribución de utilidades, autorizaciones previstas en los arts. 271 a 273, referendo requerido para determinados actos de administración, etcétera.

No coincido con esa conclusión, por varias razones:

a) En primer lugar, y como lo he sostenido en párrafos anteriores, las incapacidades de derecho, atento su carácter excepcional, no son, como principio general, extensibles por analogía y solo deben ser aplicadas al caso concreto.

b) En segundo lugar, no encuentro existencia de intereses encontrados cuando se trata de aprobar la distribución de utilidades, pues si así fuera, todos los accionistas estarían inhabilitados para emitir su voto. Tampoco hay conflicto de

intereses cuando se aprueban las reservas o cuando el directorio requiere la aprobación de la asamblea para la celebración de determinados actos, pues como bien sostiene Zaldívar[255], ellas son decisiones de política comercial y societaria y no se refieren al análisis de la gestión.

c) Finalmente, por cuanto esa discusión me parece ociosa, frente a la clara norma prevista por el art. 248 de la ley societaria, que prevé el principio general —del cual el art. 241 es solo un ejemplo—, al establecer que el accionista o su representante, que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tienen obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquella.

Precisamente, dicha norma permite encuadrar todos aquellos supuestos no incluidos en el art. 241, LSC, y en el cual existan intereses encontrados entre los accionistas y la sociedad. Precisamente, dentro de aquella norma la jurisprudencia ha incluido a las remuneraciones de los integrantes de los órganos de administración y fiscalización[256], aunque en puridad, ese acuerdo asambleario debió ser específicamente incluido, por su generalidad, dentro del art. 241 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Art. 242.—

Presidencia de las asambleas. Las asambleas serán presididas por el presidente del directorio o su reemplazante, salvo disposición contraria del estatuto; y en su defecto, por la persona que designe la asamblea.

Asamblea convocada judicialmente o por la autoridad de control. Cuando la asamblea fuere convocada por el juez o la autoridad de control, será presidida por el funcionario que éstos designen.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 236. Resolución general 7/2015 Inspección General de Justicia, arts. 48, 81, 83, 85, 154, 169, 188, 200, 430, 490. LSC Uruguay: 353.

§ 1. Presidencia de las asambleas

El art. 242 de la ley 19.550 dispone que, salvo supuestos determinados, las asambleas sean presididas por el presidente del directorio o su reemplazante, en caso de ausencia o licencia de aquel. Este principio general sufre dos excepciones:

1. Disposición en contrario del estatuto en el cual se designe una persona determinada para ejercer esas funciones. La ley no reglamenta el supuesto, pero debe interpretarse que la designación puede recaer aun en quienes no revistan la calidad de accionistas, supuesto este infrecuente en la medida en que se advierta que carece de voz y voto en la adopción de los acuerdos del órgano de gobierno.

2. Designación del presidente por la asamblea de accionistas. Este supuesto parece reservado, de acuerdo con el texto del art. 242, para cuando el presidente del directorio, su reemplazante o la persona designada en el estatuto, no pudieran ejercer esa función por la naturaleza de las decisiones adoptadas —análisis de su gestión y su eventual responsabilidad—, o por tener interés contrario al de la sociedad (art. 272).

3. Designación judicial del presidente de la asamblea. El supuesto se refiere al caso en donde la asamblea ha sido convocada por el juez o por la autoridad de control, en los términos del art. 236 de la ley 19.550 y es lógico que, en este caso, el ejercicio de la presidencia del acto asambleario se encuentre fuera de la órbita de las autoridades naturales de la sociedad, fundamentalmente por la existencia de un conflicto de intereses y para preservar la legalidad de los actos previos imprescindibles para la celebración de la asamblea (recepción de las comunicaciones previstas por el art. 238 de la ley 19.550, notificación de la celebración del acto asambleario a todos los directores y síndicos; cierre de las inscripciones en el libro de asistencia a asambleas; recepción y aceptación de poderes etc. que constituye recurso habitual del directorio o del presidente del directorio para manipular, a su antojo, las personas que concurrirán al acto asambleario).

Ahora bien, la importancia de la regla general establecida por el art. 242 de la ley en análisis, que predica que, como principio, la asamblea será presidida por el presidente del directorio o su reemplazante, radica en que la asamblea no podrá oponerse a que sea presidida por éste, si los estatutos no han dispuesto otra cosa al respecto[257], o cuando se trataren temas que podrían afectar la imparcialidad del presidente, como por ejemplo su remoción o su responsabilidad.

Son funciones del presidente proceder al cierre del libro de asistencia a asambleas, a la apertura del acto asambleario, anunciando la cantidad de accionistas presentes, acciones representadas por los mismos y los votos conferidos; dar lectura al orden del día y formular las aclaraciones que los asistentes a la asamblea requieran; poner a consideración los puntos del orden del día; dirigir las deliberaciones, adoptando todas las medidas conducentes a la normalidad del acto; controlar el resultado de las votaciones, y finalmente suscribir el acta, previa comprobación de su veracidad junto con los accionistas designados a tal fin; en caso de no haberse obtenido el quórum necesario para sesionar, debe levantar o suspender el acto.

Las funciones del presidente de la asamblea no se limitan al acto asambleario en sí, sino que dan comienzo con anterioridad al mismo, desde que comprenden el control de la legalidad del acto, la recepción de las notificaciones previstas por

el art. 238 de la ley 19.550; la inscripción de los accionistas que han cumplido con dicho requisito en el libro de asistencia a asambleas; la verificación de los accionistas presentes, y la comprobación del quórum establecido legalmente.

Si la asamblea hubiera sido convocada judicialmente o por la autoridad de control, deberá ser presidida por el funcionario que estos designen, lo cual es de aplicación también cuando se ha decretado la intervención judicial de la sociedad, debiendo presidirla un funcionario designado por el juez interviniente(258). El art. 159 de las Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia es muy claro en cuanto a las funciones que el funcionario designado por este Organismo debe cumplir, en el caso de presidir un acto asambleario.

La jurisprudencia tiene resuelto que es deber de quien preside la asamblea, adoptar todas las medidas conducentes para asegurar la corrección y normalidad del acto asambleario, lo cual incluye particularmente lo atinente a los requisitos de constitución de la asamblea, y la adopción de la resolución social en orden a la convocatoria, quórum, mayorías, etc.(259).

El presidente de la asamblea, aún accionista de la sociedad, carece de toda posibilidad de definir el sentido de una resolución asamblearia, emitiendo su voto de desempate cuando los accionistas no pudieran ponerse de acuerdo en la adopción de un determinado acuerdo social, pues ello sería contrario al régimen de mayorías prevista por el art. 243 y 244 de la ley 19.550 e implicaría ser titular de una especie de acción privilegiada, lo que resulta a nuestro juicio inadmisible. Creemos que, por tales fundamentos, resultaría nula una cláusula estatutaria que así lo disponga.

Art. 243.—

Asamblea ordinaria. Quórum. La constitución de la asamblea ordinaria en primera convocatoria requiere la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto.

Segunda convocatoria. En la segunda convocatoria la asamblea se considerará constituida, cualquiera sea el número de esas acciones presentes.

Mayoría. Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 234, 237, 243, 244, 248. LSC Uruguay: arts. 354, 356.

Art. 244.—

Asamblea extraordinaria. Quórum. La asamblea extraordinaria se reúne en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representen el 60% de las acciones con derecho a voto si el estatuto no exige quórum mayor.

Segunda convocatoria. En la segunda convocatoria se requiere la concurrencia de accionistas que representen el 30% de las acciones con derecho a voto, salvo que el estatuto fije quórum mayor o menor.

Mayoría. Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número.

Supuestos especiales. Cuando se tratare de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero; del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en primera cuanto en segunda convocatoria, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto. Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporarte que se regirá por las normas sobre aumento de capital. [Texto según ley 22.903, rectificado por ley 22.985]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 11 inc. 2º, 74, 82, 88, 95, 188, 217, 235, 237, 243, 244, 248; resolución general 7/2015 Inspección General de Justicia, arts. 48, 81, 83, 85, 154, 169, 188, 200, 430, 490. LSC Uruguay: arts. 355, 356.

§ 1. Quórum y mayorías necesarias para la validez de las asambleas de accionistas

El quórum es el número mínimo de accionistas que deben estar presentes en un determinado acto asambleario y constituye un elemento esencial en el conjunto de actos que eslabonan el proceso de una asamblea de accionistas. La intención del legislador, al redactar el art. 243 de la ley 19.550 fue la de evitar la adopción de decisiones sociales por un escaso número de accionistas, pero de ello no puede inferirse que esta previsión legal pueda llevar a la inoperatividad del órgano de gobierno de la sociedad, pues para ello la ley 19.550 ha previsto un quórum inferior para la asamblea, cuando ella es convocada en segunda

convocatoria, con lo cual se equilibran los intereses de los accionistas, individualmente considerados, y los de la propia sociedad.

A los efectos del quórum necesario para la celebración de las asambleas ordinarias, el art. 243 diferencia entre primera y segunda convocatoria, lo cual es lógico si se advierte que esta última ha sido contemplada por el legislador para facilitar la celebración de acuerdos asamblearios, en los supuestos en que las asambleas fracasen por la inasistencia de los accionistas. Ello demuestra que si bien se ha pretendido que el órgano de gobierno pueda deliberar y decidir con la presencia de un número relevante de accionistas, también se ha contemplado el supuesto de que la sociedad se encuentre trabada por la ausencia de aquellos, lo cual podría llevar a la sociedad a la disolución (art. 94, inc. 4º, LSC) por imposibilidad de cumplir su objeto social.

La segunda convocatoria tiende a evitar esos inconvenientes, y prueba de ello es que el art. 243, párrafos 2º, prescribe que en este supuesto la asamblea se considerará constituida cualquiera sea el número de accionistas titulares de acciones con derecho a voto.

En ambos casos, la ley no ha tomado en consideración el número de accionistas, sino que exige que estos sean titulares de acciones con derecho a voto, descartando a los tenedores de acciones preferidas patrimonialmente sin derecho a voto, salvo en los supuestos en que recuperen el mismo (art. 217 incs. 2º y 3º, art. 244, últ. párrafos). Para el quórum se tienen en cuenta asimismo las acciones pertenecientes a los directores, síndicos y consejeros de vigilancia, porque tienen en principio derecho a voto, aun cuando deben abstenerse de hacerlo en determinados supuestos, y las de los accionistas con interés contrario, que deben retirarse en el supuesto de presentarse la situación prevista por el art. 248 de la ley 19.550. En el caso de accionistas titulares de acciones con derecho a voto plural, su presencia se computa individualmente, pues la ley es clara cuando se refiere al cómputo del quórum, teniendo en consideración los accionistas con derecho a voto[260].

Tratándose de asamblea extraordinaria, y por la relevancia de las cuestiones que ella debe considerar, el quórum exigido para ambas convocatorias es superior, exigiéndose en la primera de ellas, la presencia de accionistas que representen el 60% de las acciones con derecho a voto, salvo mayor número exigido por el estatuto, y para la segunda convocatoria se requiere la concurrencia de accionistas que representen el treinta por ciento de las acciones, aunque se admiten disposiciones estatutarias fijando quórum mayor o menor.

Ello obliga a efectuar las siguientes reflexiones:

1. Cuando el legislador exige la presencia de accionistas que representan la mayoría de acciones con derecho a voto para la validez del quórum de la asamblea ordinaria en primera convocatoria, sin autorizar disposiciones estatutarias en contrario, hace presumir que estamos en presencia de una norma imperativa que no puede ser variada por los accionistas en sentido alguno. Con este alcance debe interpretarse el quórum exigido para la segunda convocatoria,

pues la ley, al no exigir quórum determinado, pretende facilitar la reunión de asambleas.

2. En el caso de asambleas extraordinarias el art. 244 exige para la primera convocatoria, la presencia de accionistas que representen el sesenta por ciento de las acciones con derecho a voto, salvo quórum mayor exigido estatutariamente, pero ello no significa que puede exigirse unanimidad, porque la regulación debe inspirarse en los fines perseguidos por la ley, evitando trabar el desenvolvimiento de la empresa.

§ 2. Quórum de constitución y quórum de funcionamiento

El problema que con más frecuencia se presenta en la práctica lo encontramos cuando el quórum exigido legalmente es reunido al momento de la iniciación del acto asambleario, pero no puede ser mantenido durante la celebración del mismo, ante el retiro de alguno o alguno de los accionistas, sin cuya presencia no puede reunirse el quórum previsto por los arts. 243 y 244 de la ley 19.550.

Este es un tema de vieja discusión en el derecho extranjero(261), que cuenta, también en nuestro país, con prestigiosas adhesiones en un sentido y en otro.

Ello ha obligado a la doctrina a diferenciar entre el quórum de constitución y el quórum de funcionamiento, distinción que es totalmente lógica, toda vez que resultaría contrario al derecho vigente y al sentido común que, reunido el quórum legal al momento de comenzar el acto asambleario, éste debe ser suspendido por el intempestivo retiro de uno o más accionistas, que si bien no reúnen el capital mayoritario, sus tenencias accionarias fueron indispensables para reunir el quórum previsto por los arts. 243 y 244 de la ley 19.550 para dar comienzo a la asamblea de accionistas. Ello ha llevado a preguntarse si el quórum previsto por dichas normas debe solo reunirse inicialmente o debe mantenerse durante toda la asamblea.

La doctrina mayoritaria de nuestro país adhiere al criterio del siempre recordado Isaac Halperin, quien en su libro "Sociedades Anónimas", sostuvo con énfasis que "El quórum debe subsistir y mantenerse al momento de la votación, si el quórum se quiebra, la asamblea debe juzgarse fracasada respecto de los temas del orden del día no votados y a su respecto se procederá a la segunda convocatoria"(262). Esta opinión, que carece de mayores fundamentos, ha sido reiterada en general por la doctrina nacional, limitándose, en la mayoría de los casos, a transcribir textualmente la opinión del recordado maestro y magistrado(263), sin agregar razones de peso que avalen la legalidad de dicha afirmación, salvo quizás Molina Sandoval, quien justifica esa opinión, sosteniendo textual —y equivocadamente, a mi juicio— que "...El quórum, naturalmente, debe mantenerse durante todo el acto asambleario y si bien la

LSC no lo dice expresamente, ello surge de la propia regulación general del acto asambleario y de los fines tenidos en cuenta por el legislador a la hora de regular el quórum asambleario, ya que es el procedimiento mediante el cual se toman decisiones válidas en el seno societario"[264].

En la vereda opuesta se encuentran, entre otros, los Profesores de la Universidad de Rosario, Hernán Racciatti y Alberto Romano[265], quienes citan abundante doctrina foránea en apoyo a sus conclusiones[266].

También jurisprudencialmente, la cuestión es sumamente controvertida y en el sentido de considerar que la ley 19.550 prevé la existencia de un quórum de constitución y funcionamiento, se ha pronunciado la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso "Cristiani Norma N. c/ Cristiani SA y otros" del 18 de diciembre de 1990 en donde el tribunal resolvió en forma contraria a lo que ilustró era la intención del legislador, disponiendo textualmente que "La presencia de quórum exigida por la ley 19.550 no es pura y exclusivamente un requisito constitutivo de la asamblea en la sociedad anónima, sino que constituye, además, un presupuesto indispensable para su regular funcionamiento. Su inexistencia provoca la nulidad absoluta del acto, por no haberse logrado la concurrencia de acciones con derecho a voto necesaria para constituir la asamblea". Tales argumentos fueron reiterados textualmente diez años después en el caso "Brosman Daryl y otros c/ Bel Ray Argentina SA", del 14 de junio de 2000, aunque en este caso, el mismo Tribunal reconoció expresamente que la ley de sociedades había persistido en el erróneo criterio de acudir al quórum solamente como recaudo de constitución de la asamblea, omitiendo dejar expresa constancia de que las proporciones de acciones concurrentes deben mantenerse durante el desarrollo del acto, lo cual, a nuestro juicio, oscurece el sentido del fallo, pues si el mismo tribunal reconoce que la ley 19.550 se ha inclinado por una determinada solución, no parece admisible jurídicamente que luego se pronuncie en un sentido exactamente contrario a la voluntad del legislador, pues los jueces no están llamados a aplicar soluciones contrarias a la ley, sino a respetar sus directivas.

En sentido contrario registramos un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, del 20 de septiembre de 2000, dictado en el caso "Maglione de Delvecchio Nélida c/ Chuit y Maglione SA", en el cual se resolvió que, "...constituida válidamente la asamblea, es innecesario que el quórum subsista durante todo el transcurso de la reunión", criterio compartido años después por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso "Gysin Norberto y otros c/ Garavaglio y Zorraquín SA s/ nulidad de asamblea", del 30 de mayo de 2008, en el cual se sostuvo que "El fracaso de la asamblea en primera convocatoria, por falta de quórum, autoriza a citar a una segunda convocatoria para tratar los temas del orden del día no votados, solo cuando ha faltado el "quórum constitutivo", pero no cuando, habiendo éste existido y posibilitado la constitución de la asamblea, desaparece con posterioridad, esto es, cuando se pierde el "quórum deliberativo", ya que la asamblea se ha constituido válidamente".

Por mi parte, adhiero a la tesis que considera solo legislado por la ley 19.550 el denominado "quórum de constitución" y ello por los siguientes fundamentos:

a) En primer lugar, la propia ley 19.550, regula pura y exclusivamente lo que se da en llamar quórum de constitución y a diferencia de lo que predica Molina Sandoval, no existen en dicho cuerpo normativo previsión alguna sobre el llamado quórum de funcionamiento, deliberación o votación, salvo para aquellas decisiones de especial trascendencia como las que contempla el último párrafo del art. 244, respecto de las cuales el cómputo de la mayoría necesaria se calcula con base en el total del capital social con derecho a voto (permanente o en su caso habilitado para la ocasión) y no tan sólo del capital presente que tenga tal derecho.

Basta pues advertir que el art. 243 de la ley 19.550, referido al quórum de la asamblea ordinaria, dispone que "La constitución de la asamblea ordinaria en primera convocatoria requiere la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto", disponiendo, en segunda convocatoria, "...la asamblea se considerará constituida cualquiera sea el número de esas acciones presentes". Por su parte, y referido a las asambleas extraordinarias, el art. 244 primer párrafo prescribe que "La asamblea extraordinaria se reúne en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representan el sesenta por ciento de las acciones con derecho a voto, si el estatuto no exige quórum mayor".

b) Por otro lado, si tomamos en cuenta lo previsto para las sociedades de responsabilidad limitada, en las cuales la efectiva reunión de los socios es solo una manera de adoptar decisiones por el órgano de gobierno de la sociedad(267), pero no la única, el legislador no se ha detenido en detallar el quórum requerido para la validez de la efectiva reunión de socios sino solo se ha referido a las mayorías necesarias para adoptar los acuerdos sociales, lo cual ha hecho destacar por la doctrina y con todo acierto, que existe una íntima vinculación entre el quórum legalmente establecido y el régimen de mayorías, de modo tal que el quórum para las reuniones de socios deberá indefectiblemente ser superior a las mayorías requeridas para la adopción de los acuerdos detalladas en el art. 160 de la ley 19.550(268), esto es, más de la mitad del capital social o de las tres cuartas partes del mismo, según exista o no cláusula específica en el contrato social, a los fines de reformar el acto constitutivo(269)o más de la mayoría del capital social presente, cuando se trata de las resoluciones que no conciernan a la modificación del contrato o la designación y la revocación de gerentes o síndicos.

c) Este es, a mi juicio, el método legislativo que rige el quórum de funcionamiento para las asambleas de sociedades anónimas, toda vez que los ya referidos arts. 243 y 244 de la ley 19.550, también establecen, y con toda precisión, cuales son las mayorías necesarias para adoptar los acuerdos sociales por parte del órgano de gobierno de la sociedad, a saber: 1) Tratándose de asambleas ordinarias, la mayoría de absoluta de votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo disposición contractual que exija mayor número de votos, para las asambleas ordinarias, en primera y segunda convocatoria; 2) Tratándose de asambleas extraordinarias, la mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número y 3) El voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto sin

aplicarse la pluralidad de votos, cuando se trata de los acuerdos especiales previstos en los arts. 70, 94 inc. 9º y 244 de la ley 19.550.

d) La interpretación que sostengo es la única que respeta la voluntad del legislador, pues no hace decir a la ley lo que no dice, pues surge evidente de la propia redacción de las aludidas normas, que el quórum requerido por los arts. 243 y 244 de la ley 19.550 se refiere al quórum de constitución y no de funcionamiento. De modo tal que, reunido ese quórum al momento de la constitución de la asamblea, la adopción de las decisiones asamblearias allí adoptadas solo serán nulas cuando hayan sido resuelta sin reunir las mayorías allí previstas, con lo cual se cumple acabadamente el propósito del legislador al exigir la existencia de un quórum mínimo para la adopción de los acuerdos sociales, esto es, lo que se denomina el "quórum de funcionamiento".

e) Finalmente, existe un tercer argumento que avala esta solución: mal puede premiarse la actuación de quien, habiendo comparecido a una asamblea de accionistas y permitido la reunión del quórum requerido por la ley, opta por retirarse de la sociedad cuando las cosas no salen como lo desea, pues si éste no puede reunir la mayoría necesaria para adoptar una decisión asamblearia, tampoco puede, con su retiro, frustrar la adopción de la misma por quien tuviere los votos necesarios para lograr la mayoría legal. Una interpretación contraria frustraría el régimen de mayorías previsto por la ley 19.550 y además implicaría consagrar una actuación claramente incluida dentro de la figura del abuso del derecho, prevista por el art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo de toda evidencia concluir que si el acto realizado mediante abuso del derecho es nulo y carece de todo efecto, mal puede derivarse de ese acto efectos positivo alguno, como el de enervar el régimen de mayorías especialmente previsto por los arts. 243 y 244 de la ley 19.550.

Con otras palabras: el interés social se abastece cuando se debe resolverse sobre materias ordinarias (arts. 234 y 243, ley 19.550), con la exigencia de un mínimo necesario de acciones con derecho a voto para que la asamblea se constituya y puedan los asistentes ejercer sus derechos en el seno de la misma, pero una vez constituida, ese interés no puede ser manipulado por accionistas que —generalmente por razón de intereses particulares vinculados a situaciones de conflicto— o bien se retiren de la asamblea afectando el quórum con que se constituyó —único quórum que considera la ley—, pretendiendo dejarla sin quórum, o bien no concurran oportunamente a su reanudación si se había producido un cuarto intermedio.

Se trata claramente de manifestaciones de abuso en el ejercicio de participar en el gobierno de la sociedad, y si se concluye, como lo ha hecho la jurisprudencia en múltiples oportunidades, que una decisión es nula cuando se ha incurrido en abuso de mayorías[270], esto es, cuando el grupo de control adopta acuerdos sociales en beneficio de quienes lo integran, en detrimento de los derechos de ciertos accionistas, no se encuentran razones de peso para no imponer la misma e idéntica sanción, cuando mediante el simple recurso de retirarse del recinto asambleario y dejar a la asamblea sin el quórum de constitución, un accionista frustra la adopción de determinados acuerdos sociales.

§ 3. Efectos de la falta de quórum en la celebración de los actos asamblearios

La celebración de una asamblea de accionistas, celebrada sin reunir inicialmente el quórum previsto por el art. 243 de la ley 19.550 provoca la nulidad absoluta de esta, así como de todas las decisiones que se tomaron en ella[271].

§ 4. El régimen de mayorías para la adopción de acuerdos sociales

Tratándose de asambleas ordinarias, las resoluciones adoptadas por los accionistas en ambas convocatorias, deben ser tomadas por mayoría absoluta de votos presentes en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exige mayor número.

En el caso de asambleas extraordinarias, la ley hace una distinción, según si los asuntos a considerarse se encuentran o no comprendidos en el último párrafo del art. 244 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Si no se hallan incluidos en esa norma, las resoluciones, en primera o segunda convocatoria serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que pueden emitirse en la respectiva decisión, salvo mayor número exigido por el estatuto. Si se tratara de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones, de la disolución anticipada de la sociedad, de la transferencia del domicilio al extranjero, del cambio fundamental del objeto, de la reintegración total o parcial del capital social, de la constitución de reservas libres o facultativas, en los términos del art. 70, último párrafo, los respectivos acuerdos se adoptarán con el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto.

Se ha previsto para estos casos, y por la trascendencia que tales resoluciones implican para los accionistas y para el funcionamiento de la sociedad, un sistema calificado de mayorías, tomándose en consideración la mayoría de las acciones con derecho a voto, sin hacerse distinción entre accionistas presentes o ausentes, como es el principio general en las restantes asambleas.

Con criterio intermedio, el art. 288 de la ley societaria establece la aplicación del principio general previsto por los arts. 243, in fine, y 244 párrafos 1º, para la

elección y remoción de los síndicos —mayoría absoluta de los votos presentes—, pero cada acción da derecho a un solo voto, sin aplicarse la pluralidad de votos.

§ 5. ¿Puede exigirse la unanimidad para la adopción de acuerdos sociales?

Si bien la doctrina ha descartado la posibilidad de que el estatuto de la sociedad pueda exigir la unanimidad para la adopción de acuerdos sociales, por contradecir el principio mayoritario al cual el legislador ha erigido como sistema para la adopción de acuerdos sociales, la ley 19.550 ha consagrado varias excepciones a ese principio, las cuales se encuentran en el art. 95, párrafos 4º, cuando prevé la posibilidad de reconducir el contrato social con posterioridad a la registración del nombramiento del liquidador, exigiendo "unanimidad sin distinción de tipos"; en el art. 160, tercer párrafo, cuando, legislando sobre las modificaciones al contrato de sociedad de responsabilidad limitada, y estando integrada por solo dos socios, establece que "si un solo socio representare el voto mayoritario, se necesitará, además, el voto de otro"; en el art. 237, in fine, cuando consagra como requisito imprescindible para las asambleas "unánimes", que la decisión se adopte "por unanimidad de las acciones con derecho a voto". Finalmente, el art. 250, que si bien no menciona a la unanimidad, virtualmente la consagra, cuando exige el consentimiento de una determinada clase de acciones, cuando la asamblea general adopta resoluciones que afecten los derechos de aquella clase.

Al analizar cada una de estas normas, he manifestado mi opinión adversa, pues la unanimidad exigida por los arts. 95, 160 y 237 in fine, así como la conformidad prevista por el art. 250, conduce inexorablemente a una situación de conflicto que dificulta o imposibilita el funcionamiento de la sociedad, frente a oposiciones de socios o accionistas que representan una minúscula participación en el capital social.

La doctrina, como lo he expresado en párrafos anteriores, se ha mostrado adversa a la posibilidad de prever, cláusula estatutaria mediante, el sistema de unanimidad para la adopción de las resoluciones del órgano de gobierno de la sociedad, y en tal sentido ha sido dicho que el principio básico que rige las resoluciones de la asamblea de accionistas es el llamado "principio mayoritario", según el cual se presume que la voluntad de la mayoría es la que mejor resguarda el interés general de la sociedad, atribuyéndosele, por consiguiente, el carácter de voluntad social[272].

Esta opinión fue compartida por autores como Mascheroni y Muguillo, para quienes la adopción de las decisiones sociales mediante el voto de la mayoría de los socios es, en definitiva, el medio técnico que han encontrado las diversas legislaciones, ante la innegable dificultad de reunir la unanimidad de voluntades individuales de aquellos cuya suma constituye la voluntad social. La ley concede

pues, a la mayoría, el poder de gobierno de la sociedad, acudiendo a un sucedáneo necesario, y eligiendo la menor de las injusticias (mucho mayor lo sería el gobierno de las minorías). Se trata de un principio análogo al que da fundamento a la democracia en el derecho público"[273]. Halperin, por su parte, sostuvo en el que es, a mi juicio, el mejor libro de sociedades anónimas escrito en nuestro país luego de la ley 19.550, que la unanimidad es incompatible con la realización práctica, ya que consagra el veto, aclarando que en la imposibilidad práctica de alcanzar la unanimidad, se juzga que la mayoría expresa la voluntad social"[274].

La jurisprudencia administrativa también ha sido reticente en aceptar, para las sociedades anónimas, el sistema de la unanimidad para la adopción de decisiones asamblearias y en tal sentido recuerda Zaldívar que la resolución general 1622, del 9 de septiembre de 1969, emanada de la Secretaría de Estado de Justicia de la Nación y suscripta por su titular, Dr. Conrado Etchebarne, se sostuvo expresamente que la unanimidad es ajena al sistema de expresión de la voluntad en la sociedad anónima; aún más, la subvierte y la perturba. La inclusión en un estatuto social del requisito de la decisión unánime no puede ser aceptable en principio. Sólo lo es cuando se establece para un asunto concreto y cuando de su aplicación no resultara dificultado un derecho individual intangible o un principio estructural de la sociedad anónima"[275].

Claro está que esa manera de pensar puede chocar con la voluntad del legislador que, como hemos señalado, ha previsto la unanimidad para ciertos y determinados supuestos, pero ello puede superarse sosteniendo que esas normas, más allá de la crítica que pudiere formularse contra las mismas, consagran un régimen excepcional para casos también excepcionales, cuyos fundamentos no alcanzan para extender la unanimidad a otros supuestos y menos para adoptar ese sistema como principio general.

§ 6. ¿Cómo debe computarse el voto del accionista abstenido?

La ley 19.550 no aclara el tema, pero nuestros autores, en términos generales, entienden que el voto del accionista abstenido en una respectiva decisión debe ser considerado como voto negativo[276].

Se fundan para ello en los siguientes argumentos:

a. Que todas las normas sobre mayorías están referidas al total de los votos que pueden emitirse en cada decisión, de manera tal que para alcanzar la mayoría deben contarse únicamente los votos emitidos en forma positiva[277].

b. Que todos aquellos actos o conductas que no concurran a la formación de la mayoría deben ser conceptuados como declaraciones contrarias o negativas[278].

c. Que el abstenido vota en realidad en contra, porque la mayoría se computa sobre el quórum presente[279].

Dichos argumentos no convencen en absoluto, pues no encuentro fundamento para considerar el voto abstenido como una manifestación de voluntad en un sentido u en otro. La abstención puede ser asimilada al silencio, que encuentra en el art. 263 del Código Civil y Comercial de la Nación una norma expresa, que transcribe casi textualmente el viejo art. 919 del derogado Código Civil, prescribiendo textualmente que: "El silencio opuesto a actos o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y de las manifestaciones precedentes".

Lo expuesto no colisiona, como sostienen Halperin, Zaldívar y Fargosi, con lo dispuesto por los arts. 243 y 244 de la Ley de Sociedades Comerciales, pues dichas normas, al establecer el régimen de mayorías en la adopción de los acuerdos sociales, se refieren a la mayoría absoluta de los votos presentes que pueden emitirse en la respectiva decisión, haciendo expresa referencia al ejercicio del derecho de voto, que el accionista abstenido no ha utilizado. Por ello, si se interpreta que la abstención no implica en puridad un voto, sino una actitud del accionista[280], mal puede computarse esa actuación neutra como voto negativo.

Por otro lado, si se concluye, como lo ha sostenido la doctrina en forma coincidente al interpretar lo dispuesto por los arts. 243 y 244, que cuando la ley se refiere a los votos que pueden emitirse en la respectiva decisión, deben descartarse, para el cómputo de las mayorías, el voto de aquellos accionistas que se encuentran abstenidos obligatoriamente de emitir su voto, por expresa disposición legal (arts. 241 y 248), no encuentro razón alguna para modificar ese criterio, cuando la abstención ha sido consecuencia de un acto de voluntad del propio accionista, debiendo computarse la mayoría, previa deducción de las acciones cuyos tenedores están inhabilitados para votar y de los accionistas abstenidos.

Finalmente, si se entiende que el voto del accionista abstenido implica un voto en contra, no existirían argumentos para negarle a los mismos el ejercicio del derecho de receso, que constituye un derecho excepcional otorgado a los accionistas que han votado en contra de una decisión asamblearia que modifica las bases esenciales del contrato de sociedad. Sin embargo, el art. 245 de la ley en análisis, que legisla sobre el mismo, no admite la legitimación del accionista para receder, con lo cual el legislador ha incurrido en una evidente contradicción, pues por un lado, cuando se trata de formar mayorías, la actitud asumida por el accionista abstenido implica un voto en contra, pero cuando se trata de receder, aquella actuación no implica disconformidad con el acuerdo aprobado. Coincido sí que al accionista abstenido no le asiste el derecho de receso, pues la excepcionalidad de este recurso solo autoriza a otorgarlo a quienes hayan expresado su voluntad negativa en el momento de acordar la decisión que origina ese derecho, pero entonces, y a los fines de guardar la debida

coherencia, no debe otorgársele a la actitud neutra asumida por aquel la virtualidad de voto negativo para la adopción de acuerdos sociales.

La jurisprudencia, por su parte, registra algunos casos muy interesantes y no puede avanzarse en este tema si no reflexiona lo acontecido en el caso "Castro Francisco Vicente c/ Alto de los Polvorines Sociedad Anónima", dictado por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del junio 30 de 1999, que fue un caso que presentó características únicas.

Se trataba de un club de campo, donde el directorio de la sociedad, constituida bajo la forma de "asociación bajo forma de sociedad" en los términos del art. 3º de la ley 19.550, le negaba a una persona el carácter de accionista de la entidad —fundamental para poder disfrutar del ejercicio de ciertos deportes o usar el "club house" — por el hecho de vivir en pareja con un socio, cuya ex esposa — sin mediar sentencia de divorcio— revestía también el carácter de socia adherente. El encono era directamente proporcional al escándalo que el tema provocó en esa selecta comunidad, que para apagar el incendio, en especial cuando el directorio de esta sociedad resolvió negarle definitivamente la posibilidad de acceder al carácter de socia, invocando que la anterior esposa del socio todavía gozaba de esos derechos y que no podían existir dos "socias-cónyuges" del mismo esposo, dicho órgano no tuvo otro camino que convocar a una asamblea de accionistas para que se pronuncien sobre si correspondía otorgar a la segunda esposa del socio —se aclara que a la fecha de la celebración del referido acto asambleario, éste ya se había divorciado de su primera mujer y se había casado con su pareja— carácter de socia adherente que tanto reclamaba.

Como era de esperar, la mayoría de los socios se abstuvo de emitir su voto, invocando desinterés, amistad o simplemente no quisieron tomar partido en una cuestión tan personal, de manera que más del ochenta por ciento de los accionistas no participaron con su voto en la adopción de la correspondiente resolución, que fue favorable a las pretensiones de la futura socia, por muy escaso número de votos. Pero lamentablemente ésta debió esperar un período mayor de tiempo para recibir su carnet, pues un accionista, que había votado en forma contraria a los intereses de ésta, impugnó la decisión asamblearia, sosteniendo precisamente que el voto de los accionistas debía ser considerado como abstenido, y no de la manera como fueron computados, esto es, como si ellos no hubieran sido emitidos, descontándose los mismos del cómputo de las mayorías.

La sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que le tocó intervenir en el tema, y confirmando la resolución de primera instancia dictada en el referido juicio de nulidad, rechazó la demanda propuesta, en una sentencia muy particular, en donde emitieron su voto los tres magistrados de ese tribunal: los Dres. Edgardo Marcelo Alberti y Carlos Rotman, que votaron por la confirmatoria del fallo de primera instancia y el Dr. Felipe Cuartero, que optó por la revocatoria del mismo y, en consecuencia, por la nulidad de la asamblea que había aprobado el otorgamiento del carácter de socia a quien venía reclamando ese derecho en forma insistente.

El magistrado Alberti sostuvo que dentro de un club de campo o "country", constituida bajo la forma de una sociedad anónima, no cabe reputar a los ausentes y a los silentes como sostén implícito de una decisión del directorio que prohibió el ingreso de la nueva cónyuge del asociado, que fue social pero no empresaria, de autoría directorial pero no estatutaria o asamblearia y de contenido antinatural, pues desatiendo al "presente cónyuge" de un socio, siendo objetivamente contrario al sentido útil de la entidad de esas características limitar la asociación de alguna persona, pues en tanto ésta constituye una urbanización residual, aparece sitio previsto para que concurran gentes para domiciliarse o alojarse. Sostuvo este magistrado que el impedimento de incorporación al barrio cerrado del "nuevo cónyuge" del socio, con fundamento en la subsistencia de esa comunidad de quien fuera otrora cónyuge del mismo socio que provocaba la incorporación, no constituye siquiera una seria y sana protección del "anterior cónyuge", pues impedir de modo reglamentario y genérico el acceso del presente cónyuge de un socio impediría también a que el anterior cónyuge incorpore en el barrio o "country" a la persona con quien contrajese de su lado un ulterior matrimonio. Entonces, el óbice a la incorporación del "presente cónyuge" se volverá tanto contra el uno como contra el otro de quienes hubieran estado antes vinculados por matrimonio, provocándose así una situación antinatural, suerte de "celibato social forzoso".

Contra ello, el magistrado Felipe Cuartero sostuvo que el voto abstenido no es exactamente un voto negativo, aunque por ciento tenga los efectos de éste, en tanto dificulta la obtención de las mayorías. En efecto, sostuvo Cuartero que el voto abstenido no aumenta el número de votos negativos, sino que la acción de quien concurre a la asamblea y se abstiene de votar, incrementa la base del cálculo de la mayoría y por ello, las acciones correspondientes a los comparecientes que se abstuvieron de votar en ella deben ser computados en la base del cálculo de la mayoría absoluta exigida por los arts. 243 y 244 de la ley 19.550, lo cual equivale a sostener que para la formación de la mayoría, el voto abstenido tenga efectos, en definitiva, de voto negativo, aunque conceptualmente no lo sea[281].

Art. 245.—

Derecho de receso. Los accionistas disconformes con las modificaciones incluidas en el último párrafo del artículo anterior, salvo en el caso de disolución anticipada y en el de los accionistas de la sociedad incorporante en la fusión y en la escisión, pueden separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones. También podrán separarse en los casos de aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio, de retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones y de continuación de la sociedad en el supuesto del art. 94, inc. 9º.

Limitación por oferta pública. En las sociedades que hacen ofertas públicas de sus acciones o se hallan autorizadas para la cotización de las mismas, los accionistas no podrán ejercitar el derecho de receso en los casos de fusión o de escisión si las acciones que deben recibir en su consecuencia estuviesen admitidas a la oferta pública o para la cotización, según el caso. Podrán ejercerlo si la inscripción bajo dichos regímenes fuese desistida o denegada.

Titulares. Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 244 para la determinación de la mayoría, el derecho de receso solo podrá ser ejercido por los accionistas presentes que votaron en contra de la decisión, dentro del quinto día, y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas al tiempo de la asamblea, dentro de los 15 días de su clausura. En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, el plazo se contará desde que la sociedad comunique la denegatoria o el desistimiento mediante avisos por 3 días en el diario de publicaciones legales y en uno de los que tengan mayor circulación en la República.

Caducidad. El derecho de receso y las acciones emergentes caducan si la resolución que los origina es revocada por asamblea celebrada dentro de los 60 días de expirado el plazo para su ejercicio por los ausentes; en este caso, los recedentes readquieren sin más el ejercicio de sus derechos retrotrayéndose los de naturaleza, patrimonial al momento en que notificaron el receso.

Fijación del valor. Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias. Su importe deberá ser pagado dentro del año de la clausura de la asamblea que originó el receso, salvo los casos de retiro voluntario, desistimiento o denegatoria de la oferta pública o cotización o de continuación de la sociedad en el supuesto del art. 94, inc. 9º, en los que deberá pagarse dentro de los 60 días desde la clausura de la asamblea o desde que se publique el desistimiento, la denegatoria o la aprobación del retiro voluntario.

El valor de la deuda se ajustará a la fecha del efectivo pago.

Nulidad. Es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 11 incs. 2º y 3º, 74, 82, 88, 94 inc. 9º, 188, 244; ley 19.551: art. 157.LSC Uruguay: arts. 362 a 364.

§ 1. El derecho de receso o separación del accionista. Concepto. Finalidad

El derecho de receso puede definirse como la facultad de todo socio o accionista de separarse de la sociedad, con reembolso del valor de su participación social, cuando el órgano de gobierno resuelve reformar el estatuto de la sociedad,

alterando las bases que aquellos tuvieron en cuenta al constituir o incorporarse a la misma, o modifica sustancialmente el ejercicio de sus derechos.

El derecho de receso constituye una facultad del socio o accionista que solo puede ser ejercida cuando la ley o el estatuto lo autoriza, y frente a una decisión de la asamblea que modifica las bases fundamentales de la sociedad o —como hemos sostenido— cambia sustancialmente el ejercicio de sus derechos. Por ello, la finalidad del instituto no radica en brindar al accionista la facultad de retirarse voluntariamente de la sociedad en cualquier momento, sino que intenta conciliar dos intereses que se consideran fundamentales en el negocio societario[282]: 1) El derecho de la sociedad a modificar sus estatutos, pues resultaría ilógico negar a la misma su derecho de adaptar el estatuto a las nuevas condiciones económicas o comerciales que el medio impone y la dinámica societaria exige y 2) El derecho del socio, que no comparte tales modificaciones, y que, mediante el remedio previsto por el art. 245, LSC, puede retirarse de la sociedad frente a esas decisiones asamblearias.

El derecho de receso constituye uno de los más claros ejemplos del carácter contractual del contrato de sociedad, y un remedio contra el poder ilimitado de las asambleas[283], a las cuales no se les impide alterar las bases del contrato social, en la medida que se permita al socio disconforme el derecho de retirarse de la misma, con reembolso del valor de su parte.

El derecho de receso, por la finalidad que lo inspira, ha sido considerado un derecho esencial del accionista, inderogable e irrenunciable por cláusula inserta en el contrato social, cuya violación debe ser sancionada con la nulidad absoluta, atento al orden público que la inspira[284].

Por lo general, el derecho de receso es un instituto o herramienta dirigida a solucionar una situación de conflicto existente entre los socios o accionistas de la sociedad, y por ello es difícil que la hipótesis que prevé el art. 245 de la ley 19.550 se presente cuando no existe estado de discordia entre ellos. Es por ello que —como ha sido dicho en un importante precedente dictado por los tribunales de la ciudad de Rosario— el receso constituye una alternativa que se deja libre a la elección del socio, de manera que pueda elegir el camino que más le convenga, pero quedando en claro que de manera alguna el ejercicio del derecho de receso resarce totalmente al socio que disiente con alguna decisión adoptada por la asamblea y que no lo conforma y es por ello que se ha calificado al receso, tal como está legislado, como una herramienta de solución previa de los conflictos entre los socios[285].

El derecho de receso, sin embargo, ha sido objeto de frecuentes ataques, pues implica para la sociedad la descapitalización que provoca el desembolso del valor de la parte del socio que lo ejerce. Tales críticas no han sido indiferentes al legislador, quien, si bien acertadamente recepta este derecho, consagra una solución harto discutible cuando se trata de establecer el valor de la parte del socio recedente, como veremos en los párrafos siguientes.

El derecho de receso puede ser calificado como un derecho de excepción, y prueba de ello es que su ejercicio ha sido reservado frente a determinadas

circunstancias que no pueden considerarse habituales en la vida de la sociedad, como lo son las modificaciones estatutarias previstas por el último párrafo del art. 244 de la ley 19.550, siempre y cuando la posibilidad de alteración de aquellas cláusulas o condiciones no haya sido prevista en el mismo estatuto o acto constitutivo, pues en este caso no podría afirmarse que el accionista no tenía conocimiento de la posibilidad de alteración del estatuto social.

Por otra parte, el art. 245 de la ley societaria, exige del accionista recedente, una clara manifestación de voluntad en contra de la modificación estatutaria adoptada y de su voluntad de ejercer ese derecho, lo cual explica que esta facultad no es concedida al accionista abstenido, es decir, a aquel que estuvo presente en el mismo momento de resolverse la modificación estatutaria y no se pronunció categóricamente en contra de la misma.

En otras palabras, el derecho de receso no opera automáticamente con la sola manifestación en contrario del accionista disconforme con la resolución social aprobatoria de la modificación estatutaria. El art. 245 exige la iniciativa del socio que desea separarse de la sociedad, mediante una declaración dirigida a la sociedad, de carácter unilateral, vinculante fehaciente y recepticia[286], pero que no necesita ser aceptada por la sociedad.

§ 2. Carácter de la enumeración de las causales del derecho de receso prevista por el art. 245 de la ley 19.550

El derecho de receso constituye una hipótesis de resolución parcial del contrato de sociedad, con características específicas, en cuanto al tiempo y forma que la misma se produce y a los efectos que del mismo se deriva.

Se diferencia del retiro voluntario del socio, en la medida en que esta hipótesis de resolución parcial puede ser ejercida en cualquier tiempo, y que el reembolso de la participación del socio retirado se calcula a su valor real. En cambio, el derecho de receso actúa frente a las modificaciones estatutarias que modifican sustancialmente las bases fundamentales del contrato social o alteren los derechos esenciales de los socios, calculándose el valor de la participación de los mismos según las pautas del último balance realizado o que debió realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias.

La inclusión del derecho de receso dentro de la categoría de resolución parcial del contrato de sociedad (arts. 89 a 93, LSC), permite concluir que las hipótesis que lo originan no pueden quedar limitadas exclusivamente a los supuestos previstos por el art. 244, in fine, de la ley en análisis, sino que ellos pueden ser pactados por los socios al momento de constituir la sociedad. Con otras palabras, la enumeración prevista de los supuestos previstos por el art. 245 de la ley 19.550 debe considerarse meramente ejemplificativa, pues ellos no constituyen

los únicos supuestos que pueden modificar sustancialmente la situación del socio dentro de la sociedad(287).

Repárese que el art. 89 de la ley 19.550 acepta la inclusión en el contrato constitutivo, de causales de resolución parcial no previstas en la ley, y en virtud de ello, la jurisprudencia no solo ha admitido esa posibilidad, tratándose de causales del derecho de receso, sino que también ha aceptado la reglamentación del mismo, siempre y cuando con ello no se agraven las condiciones de su ejercicio(288).

Pero la posibilidad prevista por el art. 89 de la ley 19.550 o sea el pacto de causales de receso, no hace olvidar que ellas deben ser de naturaleza objetiva y presuponer la existencia de una decisión del órgano de gobierno de la sociedad, no pudiendo depender exclusivamente de la voluntad unilateral del socio(289), pues de lo contrario, estaríamos frente a un caso de retiro de socio, no admitido por la ley 19.550 para las sociedades anónimas (art. 90).

Inversamente, también ha sido admitida la validez de una previsión estatutaria respecto de una precisa y determinada reforma de ese instrumento. En tal caso, no existiría allí una renuncia anticipada sino una regulación determinada concretamente. En consecuencia, si luego la modificación prevista se concretara, el accionista no podría receder, pues habría querido y aceptado de antemano el estatuto que prevé originalmente la posibilidad de esa modificación(290).

La jurisprudencia admitió en algunas oportunidades el ejercicio del derecho de receso en supuestos no previstos por el art. 245 de la ley 19.550. En efecto, en el caso "Tchomlekdjoglou Elena y otra c/ Stemos Sociedad Anónima", dictado por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, el 24 de agosto de 1992, se sostuvo que a la muerte del causante, deben conferirse a los hijos el derecho de receso con la consiguiente tasación judicial, a falta de acuerdo sobre el valor de las acciones, y la determinación de "la cuota de salida" debería ser fijada por peritos, los que serían designados por las partes, o en su defecto en forma judicial. Más allá de que compartimos este razonamiento, este criterio sin embargo, no está plasmado en la ley 19.550 la cual, como hemos visto al estudiar el art. 90, no admite, en las sociedades anónimas, que la muerte del socio resuelva parcialmente el contrato.

§ 3. Enumeración de las causales que originan el derecho de receso

Son causales legales para el ejercicio del derecho de receso:

3.1. Transformación

En materia de transformación, el nuevo art. 78 de la ley 19.550 ha reglamentado el derecho de receso, adecuándolo para el supuesto en que el órgano de gobierno de una sociedad regularmente inscripta, haya decidido, con las mayorías necesarias, la adopción de otro de los tipos legales previstos en el citado cuerpo normativo.

Se prevé al respecto, y como es lógico, la viabilidad del derecho de receso para aquellos casos en que la ley no exija unanimidad para la adopción de un acuerdo de tal naturaleza, concediéndoles el ejercicio del mismo tanto a los socios que han votado en contra como los ausentes, en concordancia con lo dispuesto por el nuevo art. 245, pero aclarando que el derecho de separación no afecta la responsabilidad de los socios recedentes hacia los terceros para las obligaciones contraídas hasta que la transformación se inscriba en el Registro Público de Comercio.

Para el supuesto específico de la transformación, el legislador ha otorgado a los recedentes el plazo de quince días para el ejercicio del mismo, a computarse desde el acuerdo que aprobara ese acto, término que puede ser modificado por vía contractual o estatutaria, en más o en menos, desde que el nuevo art. 78 no hace distinciones sobre el punto. Independientemente de este supuesto, el término de quince días para ejercer este derecho queda sin efecto en los casos en que la ley 19.550 ha previsto otros plazos para determinados tipos societarios, como acontece en las sociedades de responsabilidad limitada y sociedades por acciones, para las cuales los arts. 260 y 245 —expresamente modificados por la ley 22.903— prevén que el socio presente, pero disconforme con el acuerdo de transformación, cuente con solo cinco días para ejercer el mismo, sin que nada explique ni justifique la diferencia apuntada.

En cuanto al reembolso de las partes de los socios recedentes, el párrafo tercero del nuevo art. 78 establece que el mismo se hará sobre la base del balance de transformación, ejemplificando de tal manera el principio general del párrafo quinto del art. 245, LSC, que en su general redacción establece que: "Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias".

Finalmente, deben hacerse notar dos cuestiones cuya aclaración estimo de interés:

a) Que el nuevo art. 78 de la ley societaria ha suprimido la condición prevista por el mencionado artículo, en su redacción original, que había supeditado la efectividad del derecho de receso, a la aceptación por los acreedores de la transformación. Modificación que se aplaude, toda vez que, sin perjuicio de las críticas que tales conformidades nos merecieran durante la vigencia del ahora derogado art. 78, la ley 22.903 ha suprimido el consentimiento de los acreedores con el acto de transformación, eliminando al respecto el párrafo segundo del art. 75 de la Ley de Sociedades Comerciales.

b) Que se ha modificado en forma parcial el régimen de responsabilidad previsto por la ley 19.550 en favor de los socios recedentes, por las obligaciones sociales contraídas desde el ejercicio del derecho de receso hasta su inscripción, que si

bien la ha extendido a la sociedad y a sus administradores, la ha limitado por el contrario, y como resulta de toda lógica, a los socios con responsabilidad ilimitada que permanecen en la misma.

3.2. Prórroga de la sociedad

La decisión de los socios de prorrogar el plazo de duración de la sociedad en los términos del art. 95 de la ley 19.550, afecta indudablemente al accionista que, habiendo tenido en miras el término de vida de aquella, ha votado negativamente una decisión en tal sentido, en procura de obtener el reembolso del capital oportunamente aportado y su proporcional cuota de liquidación, desligándose de los derechos y obligaciones correspondientes.

En ese sentido, su inclusión en el art. 245 se encuentra fuera de toda duda, aun cuando debe destacarse que el receso sólo protege en forma relativa al socio disidente, en la medida en que si bien obtendrá el reembolso de su participación en la sociedad, el mismo se efectivizará a valores del último balance aprobado, lo cual no acontecería de llevarse a cabo el proceso liquidatorio.

Se ha discutido si la previsión estatutaria que establece la posibilidad de que la sociedad, mediante decisión asamblearia, adoptada en asamblea extraordinaria, pueda resolver la prórroga del contrato social, constituye o no una suficiente previsión con entidad tal de excluir al derecho de receso por parte del accionista que ha votado en contra de esa resolución. Al respecto, la sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos "Zemborain Luis c/ Editorial Atlántida Sociedad Anónima", del 6 de agosto de 1984 resolvió que prevista la posibilidad de prórroga y operada ella merced a la decisión de los accionistas en la asamblea extraordinaria debidamente convocada y celebrada, el accionista quedará constreñido a la norma contractual e impedido de excluirse del cumplimiento de la voluntad mayoritaria(291). Estimo que, por el contrario, y coincidiendo con la doctrina judicial emanada de un fallo posterior, que el anuncio de la prórroga del plazo de duración de la sociedad previsto en el estatuto es absolutamente irrelevante a los fines de negar el ejercicio del derecho de receso al accionista disconforme, ya que ello constituye una facultad propia de la asamblea general extraordinaria. Por otro lado, la prórroga de la sociedad, esté o no prevista en los estatutos, deberá decidirse en tiempo oportuno, para evitar su disolución, sin perjuicio de recordar que la continuación de la sociedad, más allá del término de duración de la sociedad previsto en el estatuto y querido consecuentemente por el accionista, significa privarlo de una expectativa a plazo cierto en cuanto a la recepción de su cuota de liquidación(292).

3.3. Reconducción del contrato social

La ley 22.903 ha incorporado a la ley 19.550 la reconducción o reactivación del contrato social y escisión como causales del ejercicio del mismo. En el primer caso, rigen los mismos argumentos que justifican la inclusión de la prórroga en el art. 245 de la ley citada, desde que la decisión de los socios de continuar con la vigencia plena del contrato social afecta en forma indudable al socio que, teniendo en cuenta el término de vida de la sociedad, ha votado negativamente

una decisión en tal sentido, en procura de obtener el reembolso del capital oportunamente aportado y su proporcional cuota de liquidación.

La ley 22.903, sin embargo, ha, limitado el derecho de receso en ambos supuestos —prórroga y reconducción— para las sociedades que hagan oferta pública o cotización de sus acciones, teniendo en cuenta que en estas sociedades el inversor, al adquirir títulos negociables en el mercado de valores, jamás lo hace pensando en el plazo de duración de la sociedad(293), sino que tiene, por el contrario, propósitos especulativos, con miras a una próxima enajenación de las mismas.

El argumento no convence. El derecho de receso tiene un solo fundamento, que consiste en, la separación del accionista cuando el órgano de gobierno de la sociedad aprueba una reforma fundamental al contrato) que aquel suscribió originalmente. Ese fundamento no admite, a mi juicio, discriminaciones de índole subjetiva, pues también resulta lógico sostener la voluntad del accionista, al adquirir títulos en la Bolsa, que ha tenido en cuenta la liquidación de la sociedad.

3.4. Cambio fundamental del objeto

La ley 19.550 autoriza asimismo al accionista a receder cuando el órgano de gobierno resuelva alterar las actividades sociales, para cuya realización fue constituida la sociedad, pero exige que ese cambio sea fundamental, vale decir, que se sustituyan completamente las actividades del ente.

Se ha sostenido, y con razón, que el derecho de separación por cambio de objeto puede ejercitarse, no solo cuando se sustituya una actividad por otra diferente, sino también cuando tiene lugar la ampliación de aquel, pues de no admitirse la ampliación como causa de separación, sería extraordinariamente fácil burlar el derecho del accionista, para lo que bastaría ampliar el objeto social a nuevas actividades y dedicarse a estas exclusivamente(294).

La expresión legal utilizada comprende, a mi juicio, ambas situaciones, siempre y cuando la nueva actividad desplace la anterior o la torne irrelevante, lo cual lógicamente dependerá de cada caso que se presente, sin perjuicio de lo cual, y a efectos de evitar confusiones, el accionista disconforme con esa modificación estatutaria deberá requerir en el seno de la asamblea que la decida, para su inclusión en acta, el alcance de la ampliación que efectúa, a efectos de ejercer sus derechos en forma adecuada.

Puede suceder asimismo que el cambio de objeto de la sociedad fue decidido por el órgano de administración directamente en los hechos, sin contar con una decisión asamblearia, omisión que puede ser deliberada, a los fines de evitar el ejercicio del derecho de receso por alguno o varios accionistas. En este caso, éstos podrán requerir la convocatoria a una asamblea extraordinaria, en los términos del art. 236 de la ley 19.550, a los fines de tratar la cuestión y ejercer, en su seno, el derecho que les confiere el art. 245 en análisis.

3.5. Reintegro parcial o total del capital social

Sabido es que, de decidirse en asamblea extraordinaria el reintegro del capital, el accionista queda obligado a efectuar nuevas aportaciones para recomponer el capital social, sin recibir por ello nuevas acciones que aumenten el número de las que ya poseía, procedimiento que es utilizado para evitar la disolución de la sociedad por pérdida del capital social, en los términos del art. 94, inc. 5º, de la Ley de Sociedades Comerciales. Por ello el receso es un derecho que no puede serle desconocido al accionista, que sólo aspira a la liquidación de la sociedad, al no considerar conveniente su subsistencia.

El inconveniente que ofrece esta causa de receso, y de allí que no se registren antecedentes jurisprudenciales sobre el tema, es que si la sociedad debió optar por el reintegro del capital social, es porque —como se ha afirmado y lo dispone el art. 94 inc. 5º de la ley 19.550— se pretende superar de este modo la disolución por pérdida del capital social, y por ello es que el derecho de receso solo producirá, como efecto exclusivo, la desvinculación del accionista de la compañía, pero carecerá éste de obtener el reembolso del valor de sus acciones, precisamente porque éstas han perdido todo valor y por ello no hay nada que reembolsar.

3.6. Transferencia del domicilio al extranjero

Esta causal resulta plenamente justificada, pues ello implica no solo someter la sociedad a una legislación diferente[295], sino aislar al socio o separarlo de su participación societaria, agravándole, en el mejor de los casos, la realización de todos aquellos actos que le permitan concurrir a la deliberación[296], cuando no, obviamente, el ejercicio de sus derechos en el futuro.

Tampoco la jurisprudencia nacional registra antecedentes de esta causa de receso, simplemente porque si una sociedad nacional quiere realizar actividades en el extranjero, ésta o sus socios constituirán una nueva compañía en el país donde piensan radicarse, lo cual es mucho más sencillo y menos oneroso que el trámite de transferir el domicilio de una sociedad al extranjero.

3.7. Fusión

La ley admite el ejercicio del derecho de receso para los accionistas de ambas sociedades, en el supuesto de llevarse a cabo la fusión propiamente dicha (art. 82, LSC), y a los socios de la sociedad incorporada, tratándose de una fusión por absorción, de lo cual se desprende que el legislador ha descartado el derecho en estudio para los accionistas de la sociedad absorbente, en este último supuesto[297].

La explicación de la relación existente entre el caso de fusión por absorción y la imposibilidad de receder puede encontrarse en el enfoque histórico de la fusión, donde se la consideraba una novación subjetiva respecto de los acreedores de las sociedades incorporantes, salvo el caso precisamente de la sociedad incorporante, donde el deudor continúa siendo el mismo. Por otro lado se ha sostenido que para la sociedad incorporante, la fusión se materializa por un mero aumento de capital, supuesto que, para muchos autores, está excluido del art. 245.

La ley 22.903 ha ratificado el criterio ya sentado por la ley 19.550 de no admitir el derecho de receso para los accionistas de la sociedad incorporante en la fusión de sociedades, criterio que no se comparte, por la naturaleza y complejidad del acto de fusión, que implica la absorción de los negocios de otras sociedades, la asunción de pasivos de estas, el ingreso de nuevos socios y las modificaciones impuestas normalmente en el acto de fusión, que pueden convertir a la sociedad incorporante, y en forma sustancial, en otra sociedad. El criterio que se sostiene encuentra apoyo legal, con la reforma vigente, desde que se admite en ella el derecho de receso para el supuesto de aumento de capital.

3.8. Escisión

En cuanto a la escisión, a pesar del silencio que sobre la misma se observaba en el art. 245, LSC, su procedencia estaba consagrada en el art. 88 de la misma, por expresa remisión al art. 85, con la única excepción de las sociedades escindentes en los casos de escisión incorporación o escisión con absorción, pues, salvo en estos supuestos, el acuerdo de escisión obligará a los accionistas a formar parte de una nueva sociedad, quedando, para los socios disconformes, el derecho de receso como única forma de liberarse de los efectos de esa decisión asamblearia.

3.9. Retiro de la cotización y oferta pública por voluntad societaria, o por sanción del organismo de control

Su inclusión también resulta atendible, pues esa alternativa dificulta la transferencia de las acciones de que son titulares los accionistas, por lo que la ley les acuerda el derecho de receder, evitando que continúe como socio sin expectaciones en cuanto a la circulación fluida de los títulos, conforme al precio del mercado. Recuérdese sin embargo que, en el caso de que la sanción del organismo de control fuese la que obliga a la sociedad al retiro de la oferta, el socio puede receder sólo en el caso de que la sociedad no se disuelva (art. 94, inc. 9º, LSC)[(298)].

Si la sociedad cotizante —ha dicho un importante fallo— resuelve retirarse voluntariamente de la oferta pública y del régimen de cotización de sus acciones, los accionistas inversores o tenedores especulativos ven frustrado su interés por la menor negociabilidad que los respectivos títulos tendrán en el futuro, ya que es evidente que la posibilidad de colocación de las acciones fuera del mercado de valores resulta drásticamente limitada tras el retiro voluntario de que se trata, por lo que es lógico que se le permita a dichos accionistas separarse de la sociedad, reembolsando el valor de sus acciones[(299)].

Teniendo en cuenta el fundamento que inspira al derecho de receso cuando se trata del retiro voluntario de la oferta pública, el art. 245, segundo párrafo de la ley 19.550, establece que, en los casos de fusión o de escisión, los accionistas no pueden ejercitar el derecho de receso si las acciones que deben recibir en consecuencia estuviesen admitidas en la oferta pública o para la cotización, según el caso, pero podrán hacerlo si la inscripción bajo dichos regímenes fuese desistida o denegada.

3.10. El aumento del capital social

La admisión del derecho de receso ante la decisión de la asamblea que resuelve un aumento del capital social ha sido recién consagrado por la ley 22.903, poniendo fin a una polémica suscitada luego de la sanción de la ley 19.550, que no incluía a esa hipótesis como causal para el ejercicio del derecho en estudio.

Quienes negaban esa posibilidad entendían que otorgar el derecho de receso frente a un aumento del capital social implicaba una verdadera contradicción, pues por una parte la sociedad requería de los accionistas la realización de nuevos aportes, ante comprobadas necesidades financieras o económicas, y por la otra, ante tal decisión, debía afectar los mismos al pago del valor de las participaciones de los accionistas recedentes.

Por el contrario, se sostenía que la decisión de aumentar el capital social implicaba, para los socios que no podían efectuar los nuevos aportes, la pérdida de sus porcentajes sociales originarios, lo cual reviste importancia fundamental en la medida en que se repare en que nuestra ley societaria subordina el ejercicio de los derechos, en muchos casos, a la tenencia de una determinada participación en el capital social (arts. 107, 236, 263, 294, etc., LSC).

Cuestionando este argumento, se sostenía que el accionista se encuentra suficientemente protegido frente al aumento del capital social, con el derecho de preferencia legislado en el art. 194 de la Ley de Sociedades Comerciales; a lo cual se respondía, con toda razón, que el derecho de preferencia no protege al accionista que no tiene fondos para integrar las nuevas acciones.

El fallo recaído en el caso "Almeida, Raúl c/ Sadela Sociedad Anónima", del 9 de noviembre de 1982, es decir, con anterioridad a la vigencia de la ley 22.903, dio un nuevo impulso para que el proyecto de reformas a la ley 19.550, ya en gestación, incluyera al aumento del capital social como causa del ejercicio del derecho de receso. Se expusieron en el precedente citado, entre otros, los siguientes argumentos:

a) El aumento del capital social coloca al accionista ante la exigencia de realizar nuevas erogaciones que no tuvo en miras al contratar; o por razones volitivas o meramente económicas puede no estar en condiciones de concretar, exponiéndolo así a la pérdida de los votos que tenía, pues al no suscribir nuevas acciones, ese accionista experimentará un deterioro de su influencia en el gobierno de la sociedad y en la parte del capital que será proporcional al incremento del número de acciones que no ha podido suscribir.

b) Si se admitiera la inexistencia del derecho de receso en los casos de aumento de capital, se estaría prescindiendo del texto del párrafo segundo del art. 245, LSC (en su versión original), esterilizándolo y tornándolo inútil, y resulta evidente que no cabe en nuestro derecho la posibilidad de prescindir de normas aparentemente malogradas con la sola excusa de que chocan con otras disposiciones legales, toda vez que es obligación del intérprete lograr la integración de las normas legales del modo más satisfactorio a la voluntad presunta del legislador y de los altos intereses de la justicia.

c) La sola posibilidad de que el aumento del capital sea utilizado como instrumento para excluir a determinados socios del manejo de los asuntos sociales, como ha sucedido en muchos casos en la práctica, justifica la existencia del derecho de receso, cuando se verifica un aumento de capital superior al quíntuplo, y que pueda exceder notoriamente a las posibilidades económicas del accionista.

Sin embargo, ese precedente dejó a salvo las excepciones que admitían el ejercicio del derecho de receso en el caso del aumento del capital social: a) debía tratarse de una sociedad que no hace oferta pública o cotización de sus acciones, excepción que la ley 19.550 en su versión original consagraba específicamente, y b) debía tratarse de un aumento del capital por encima del quíntuplo.

La ley 22.903 admite expresamente el derecho de receso en el caso de resolverse el aumento del capital social, pero lo subordina a los siguientes requisitos:

1) Que dicho aumento de capital debe ser resuelto por asamblea extraordinaria de accionistas, remitiéndose implícitamente a lo dispuesto por el art. 235, inc. 1º, que declara como competencia de esa clase de asamblea toda resolución referente al aumento del capital social, con excepción del supuesto previsto por el art. 188, que admite, como hemos visto, la posibilidad de que el estatuto pueda prever el aumento del capital social hasta su quíntuplo, el cual debe ser resuelto por asamblea ordinaria (art. 234, inc. 4º, LSC).

2) Que dicho aumento del capital social implique nuevos y efectivos desembolsos para el accionista, lo cual limita el ejercicio del derecho de receso para los casos en donde se requiera de los socios efectivos aportes para integrar las acciones que se emitan como consecuencia de esa reforma estatutaria. Quedan en consecuencia fuera del art. 245 de la ley societaria los aumentos del capital social en los cuales las acciones se suscriben e integran mediante capitalización de cuentas del balance (art. 189, LSC), pues en estos casos, por expresa disposición legal, la protección de los accionistas queda salvaguardada con la imposibilidad de alterar la proporción de cada accionista con la emisión de las acciones así capitalizadas.

Por, otro lado, si bien el art. 245 de la ley en análisis no discrimina entre las sociedades abiertas o cerradas, la prohibición establecida por el texto original de dicha norma se mantiene en lo que se refiere a las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, pues para estas sociedades, el art. 188, párrafos 2º de dicha ley establece que, en ningún caso, el aumento del capital social implica reforma del estatuto, lo cual constituye una disposición incongruente, solo fundamentada en razones de índole práctica, que implica en puridad una flagrante contradicción con la necesidad de insertar en el estatuto de la sociedad anónima, cualquiera sea su especie, la cifra capital como cláusula imprescindible de ese instrumento (arts. 11, inc. 4º y 166, inc. 1º).

3.10.1. La capitalización de utilidades y el ejercicio del derecho de receso

Hemos sostenido, al analizar los arts. 68 y 189 de la ley societaria, que la capitalización de utilidades no puede ser asimilada a la capitalización de otras cuentas del balance, como por ejemplo, el ajuste del capital o de resultados no asignados de otros ejercicios (reservas), pues la decisión de la asamblea que resuelve la capitalización de utilidades implica un verdadero desembolso para los accionistas, en la medida en que, a través de ese acuerdo, estos deben sacrificar sus dividendos para aportarlos a la integración de las nuevas acciones a emitirse.

Dicha conclusión se impone, en la medida en que, como hemos sostenido(300), la decisión de capitalizar las utilidades del ejercicio surte idénticos efectos a la resolución asamblearia que resuelve distribuir los dividendos correspondientes, pues de lo contrario las acciones a emitirse como consecuencia de aquella capitalización deberían ser entregadas a la misma sociedad, lo cual se encuentra vedado por el art. 220 de la Ley de Sociedades Comerciales.

En consecuencia, si se parte de la idea de que las acciones pueden ser objeto de pago en concepto de dividendo —concepto que no comparto, pero que se encuentra admitido por la ley en su art. 189—, debe aceptarse que el sacrificio que implica para los accionistas la no percepción del dividendo en efectivo supone el efectivo desembolso que requiere el art. 245 para la procedencia del derecho de receso.

3.10.2. El agotamiento del quíntuplo como causal del derecho de receso. El caso "Tchomlekdjoglou Elena c/ Stemos Sociedad Anónima s/ sumario"

El tema ha dado lugar a una nutrida jurisprudencia, que ha puesto fin a la contradicción existente entre los arts. 188 y 245 de la ley societaria.

Recordemos que el art. 188 establece la posibilidad de prever el aumento del capital social hasta el quíntuplo de su valor, y en consecuencia, hasta que no se agote el mismo, cualquier aumento del capital social resuelto dentro de esos márgenes, no puede dar lugar al derecho de receso, en la medida en que, prevista estatutariamente la posibilidad de llevar a cabo esa reforma estatutaria, el accionista no puede alegar el desconocimiento de esa cláusula al ingresar a la sociedad.

Pero la inadmisibilidad del ejercicio del derecho de receso cesa cuando ha quedado agotado dicho quíntuplo, de manera tal que cualquier aumento posterior del capital social da lugar al mismo, sin que pueda alegarse que la posibilidad prevista por el art. 188 pueda ser aplicada indefinidamente, toda vez que, como ha sido resuelto, la cláusula por la cual se puede aumentar el capital social hasta su quíntuplo mediante resolución de la asamblea ordinaria, queda agotada una vez incrementado dicho capital en esa proporción, y por ello, la reforma del estatuto que, con posterioridad a esa ampliación del capital, incluye una cláusula idéntica, esta no puede ser considerada como preexistente, sino que se trata de una nueva cláusula, en virtud precisamente del agotamiento de la anterior(301).

En consecuencia, la posibilidad de aumentar el capital social hasta su quíntuplo por el art. 188 citado se encuentra ligada al capital determinado en el estatuto y por ende, caduca de pleno derecho, cuando se supera el quíntuplo de aquel. Sostener lo contrario, alteraría por completo el régimen del aumento del capital de la sociedad anónima[302]. Como bien sostuvo el Dr. Enrique Butty como Juez de Primera Instancia en el conocido caso "Tchomlekdjoglou Elena c/ Stemos Sociedad Anónima s/ sumario", el exceso del límite del quíntuplo implica el agotamiento de la previsión estatutaria original, por lo que la resolución de poder volverlo a hacer en lo sucesivo, implica modificación del acto constitutivo"[303].

De manera tal que, por tales argumentos que comparto en su totalidad, frente a una decisión de asamblea ordinaria que aumenta el capital hasta su quíntuplo, los accionistas disidentes no cuentan con la posibilidad de ejercer el derecho de receso, pero sí les asiste el mismo cuando, frente a la redacción de la nueva cláusula estatutaria, se prevé la facultad prevista por el art. 188, LSC, ante posteriores aumentos del capital social.

La jurisprudencia ratificó este criterio, estableciendo la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el ya mencionado caso "Tchomlekdjoglou", del 24 de agosto de 1992, los siguientes criterios:

a) La posibilidad de aumentar el capital social hasta el quíntuplo de su valor previsto por el art. 188 de la ley 19.550, se encuentra ligada al capital determinado en el estatuto y por ende, caduca de pleno derecho cuando se supera ese quíntuplo. Sostener un criterio contrario implicaría alterar por completo el régimen de aumento del capital de la sociedad anónima.

b) Desde que el aumento de la cifra capital efectivamente decidido por asamblea, colmó, por excederlo, el límite del quíntuplo, ello implicó el agotamiento de la previsión estatutaria, por lo que la resolución de volver a hacerlo en lo sucesivo importó modificación del acto constitutivo.

c) Finalmente, la cláusula por la cual se puede aumentar el capital social hasta el quíntuplo de su valor mediante resolución de una asamblea ordinaria, queda agotada una vez incrementado dicho capital en esa proporción, y por ello, la reforma del estatuto que, con posterioridad a esa ampliación del capital incluye una cláusula idéntica, ésta no puede ser considerada como preexistente, sino que se trata de una cláusula nueva, en virtud precisamente de la anterior.

3.10.3. Emisión de obligaciones negociables convertibles en acciones

El art. 11 de la ley 23.576 de Obligaciones Negociables, prescribe que los accionistas de la sociedad emisora, disconformes con la emisión de obligaciones convertibles, pueden ejercer el derecho de receso conforme lo dispuesto por el art. 245 de la ley 19.550, salvo en las sociedades autorizadas a la oferta pública de sus acciones y cuando la asamblea extraordinaria de accionistas haya decidido suprimir el ejercicio del derecho de preferencia para la suscripción de obligaciones negociables convertibles a los fines de darlas de pago por obligaciones sociales preexistentes.

Es de toda obviedad concluir que lo que origina el ejercicio del derecho de receso no es la emisión de cualquier obligación negociable, sino solamente las convertibles, esto es, las que pueden convertir a sus titulares en accionistas de la sociedad, mediante su posterior capitalización: con otras palabras, lo que justifica legalmente el ejercicio del derecho de separación es el referido aumento del capital social. Así lo establece concretamente el art. 17 de la ley de Obligaciones Negociables (LON), cuando prescribe que la resolución sobre la emisión de obligaciones convertibles implica simultáneamente la decisión de aumentar el capital social en la proporción necesaria para atender los futuros pedidos de conversión, en tanto que, por expresa previsión legal, los accionistas de la sociedad emisora carecerán del derecho de preferencia sobre las acciones que se emitan con ese fin.

Por ello, si el aumento del capital necesario para atender los futuros pedidos de conversión de obligaciones negociables por acciones, no supera el quíntuplo del capital social, y éste no se hubiera agotado con anterioridad, el derecho de receso es improcedente, y así lo ha resuelto la jurisprudencia en un caso muy interesante, al decidir que si por la emisión de obligaciones negociables, el aumento del capital simultáneo establecido por el art. 17 de la ley 23.576, resultase superior al quíntuplo —causal de receso prevista en el art. 245 de la ley 19.550— ello traería aparejado que el derecho de receso del accionista fuese oponible a la sociedad. En cambio, si el aumento del capital social fuese inferior al quíntuplo, la causal precedentemente citada no llegaría a verificarse, lo que conllevaría a concluir que, en tal supuesto, el accionista disconforme carece del derecho a receder[304].

§ 4. Una cuestión controvertida. La remoción de las causales de disolución

La remoción de las causales de disolución es un tema incorporado por la ley 26.994, introducido en el nuevo art. 100, que, como toda la reforma efectuada por dicha ley, exhibe graves falencias, pues se da de bruces con otras disposiciones legales que prevén supuestos específicos mediante los cuales la sociedad o los socios pueden dejar sin efecto el acaecimiento de una causal de disolución. En tal sentido, la contradicción con lo dispuesto por el art. 95 segundo párrafo, en cuanto requiere la unanimidad de socios para resolver la reconducción social, una vez inscripta la designación del liquidador en el registro mercantil, y la falta de definición, por el nuevo art. 100 primer párrafo, sobre la oportunidad en que debe resolverse la decisión de remover la causal de disolución, recuérdese que la prórroga del contrato social, a tenor de lo dispuesto por el primer párrafo del art. 95 LGS, debe resolverse antes del vencimiento del plazo de duración, llena de dudas al intérprete, al momento de explicar los alcances de la remoción de causales de disolución, incorporada en el año 2015, por la ley 26.994.

Entendemos, y en lo específicamente referido al derecho de receso, ante una decisión de esta naturaleza, corresponde otorgar al socio disconforme el derecho de receso, por los mismos argumentos que han sido explicados para justificar este derecho ante la prórroga o reconducción de la sociedad, pues carece de todo sentido de justicia y de sentido común obligar a un integrante de la sociedad, confiado en la percepción del reembolso de su capital y eventualmente la cuota liquidatoria, a permanecer en la sociedad, cuando la disolución ya se había producido.

§ 5. Legitimación para el ejercicio del derecho de receso

El art. 245 de la Ley de Sociedades Comerciales otorga el derecho de receso a los accionistas presentes en la asamblea que aprobó la modificación estatutaria susceptible de originar ese derecho, que emitieran su voto en contra y a los accionistas ausentes en ese acto asambleario, siempre y cuando acrediten su calidad de accionistas al tiempo de la asamblea.

El legislador ha dejado fuera de los sujetos legitimados para receder, al accionista que se ha abstenido de emitir su voto, lo cual ratifica el carácter excepcional del derecho de separación, entendiendo que la alteración de las bases fundamentales de la sociedad o la modificación de la posición que ocupaba el accionista en la misma no puede generar dudas en cuanto a la actitud a adoptar, en un sentido o en otro.

El criterio del art. 245, encuentra razonable justificación en la excepcionalidad de este derecho y en los efectos patrimoniales que del mismo se derivan para la sociedad, pero resultan incongruentes las explicaciones dadas por los legisladores de la ley 22.903, cuando, al explicar la eliminación del accionista abstenido entre los posibles sujetos recedentes, justifica la misma en el sentido negativo que implica la abstención, pues si esa actitud integra el voto contrario a la modificación del estatuto, lo coherente hubiera sido otorgarle a los mismos el derecho de receso.

Insistimos pues en que la abstención en el ejercicio del derecho de voto no permite enrolar a quienes han asumido tal conducta entre los que emitieron el voto en un sentido o en otro. La abstención no puede nunca computarse a los efectos de la determinación de la mayoría, y es por ello que, al no haber adoptado una conducta fehaciente a través del ejercicio de su derecho de voto, el accionista abstenido carece de la posibilidad de receder.

El art. 245 ha otorgado, por el contrario, el derecho de receso a los accionistas ausentes de la asamblea que resuelve la modificación estatutaria, pero ha exigido la necesaria acreditación del carácter de tal a la fecha de ese acto asambleario, lo cual nos parece acertado, pues no parece razonable ni ajustado

a derecho, que un tercero adquiera acciones con posterioridad a ese acuerdo para, de inmediato, ejercer el derecho de receso, lucrando con la diferencia entre lo abonado por tales acciones y el valor del reembolso de las mismas(305).

Por otra parte, el accionista que ha adquirido sus acciones con posterioridad a la modificación estatutaria, ha adherido al nuevo estatuto y no al anterior, en la medida en que se repare que las decisiones asamblearias son obligatorias para todos los accionistas desde el mismo momento de su adopción (art. 233, in fine, LSC), por lo que, con respecto a este, no hay fundamento alguno que justifique el ejercicio del derecho de receso.

En relación al accionista presente, se ha discutido si el ejercicio del derecho de receso puede ser ejercido por el apoderado asambleario (art. 239, LSC) en el mismo acto, habiéndose sostenido su legitimación(306). Creemos que ello es acertado, pues el apoderado, como todo mandatario, debe estar suficientemente instruido sobre los temas que integran el orden del día y sobre la actitud que debe asumir su mandante en oportunidad de ser debatido los mismos, sin perjuicio de su responsabilidad posterior frente al accionista. Mal podría suponerse la ausencia de instrucciones frente a decisiones asamblearias que alteren sustancialmente el estatuto original o modifiquen la situación del mandante, accionista en la sociedad.

Un problema interesante lo plantea el titular de acciones preferidas sin derecho a voto, en especial en aquellos supuestos excluidos del art. 244, último párrafo, como sería por ejemplo el aumento de capital o el retiro de la oferta pública de cotización de las acciones en Bolsa por sanción firme del organismo de control.

La respuesta no es sencilla, pues no puede dudarse de la existencia de perjuicio para los titulares de tales acciones en la medida en que el beneficio adicional se verá disminuido al distribuirse entre un mayor número de acciones ordinarias, sin que las acciones preferidas hayan obtenido ventajas en tal operación. Sin embargo, la solución opuesta es la que a mi juicio corresponde, en la medida en que los accionistas sin derecho a voto no ignoraban, al suscribir el contrato original, que carecerían de toda injerencia en una decisión en tal sentido. En consecuencia, para ellos ninguna reforma estatutaria ha alterado las bases sustanciales de la sociedad, y por ello el fundamento del derecho de receso les resulta inaplicable.

§ 6. Requisitos para el ejercicio del derecho de receso

La ley 19.550 no impone otros requisitos para el ejercicio del derecho de receso más que la temporalidad del mismo, otorgando a los accionistas presentes que votaron en contra de la reforma estatutaria, un plazo de cinco días y para los accionistas ausentes que acrediten el carácter de tal, el plazo de quince días,

computados en ambos casos desde la clausura del acto asambleario (art. 245, párrafos 3º, LSC).

Estos plazos valen para todos los supuestos previstos por el párrafo primero del art. 245, LSC, menos para el caso de transformación, fusión y escisión, en los cuales, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 78, 85 y 88, el plazo se unifica para accionistas presentes y ausentes, en quince días, computados desde el día de la clausura del acto asambleario que resolviera tal reorganización.

La jurisprudencia se ha encargado de cubrir las lagunas previstas por el art. 245 en torno a la forma de ejercer el derecho de receso, habiéndose resuelto:

a) El derecho de receso reviste el carácter de indivisible, y debe ser ejercido por la totalidad de las acciones que posee el recedente(307). Este criterio es acertado, pues lo contrario conspira contra el fundamento mismo del derecho en análisis, pues no es admisible, desde ningún punto de vista, una actitud dual del accionista recedente.

b) Que la ley no requiere fórmulas sacramentales para el ejercicio del derecho de receso, sino solo notificación fehaciente, exigiéndose solamente el conocimiento por la sociedad de la declaración del socio de separarse de la sociedad(308). También coincidimos con ello, pues la declaración del socio que tiende al ejercicio de los derechos inderogables otorgados por la ley 19.550 — entre los cuales el uso del derecho de receso es un ejemplo— es de las que, por ser emitida para que llegue a conocimiento de su destinatario, la sociedad, es llamada por la doctrina como "declaración recepticia"(309), en la cual el conocimiento del destinatario resulta fundamental, debiendo expresarse de modo que el destinatario pueda entenderla considerando sus posibilidades de comprensión, según el contexto de situación y la naturaleza del derecho de receso(310).

c) El ejercicio del derecho de receso puede ser efectuado por un apoderado del accionista, pero se requiere para ello el otorgamiento de un poder especial, pues si para formar sociedad son necesarios poderes especiales (art. 1881 inc. 13 del Código Civil), también se requiere, para separarse de ella, un poder de esa misma naturaleza(311).

d) Que la previsión legal del art. 245 de la ley en análisis debe entenderse en el sentido de que dentro del plazo establecido, la declaración recesiva debe llegar a conocimiento de la sociedad(312). Este criterio nos resulta discutible y peligroso, en especial para los accionistas que han estado presentes en el acto asambleario, y que cuentan con solo cinco días para hacer llegar a la sociedad su voluntad recedente, lo cual torna sumamente angustiosa su situación, en la medida en que se repare que los plazos para llevar adelante una notificación fehaciente y recepticia, escapa por lo general del gobierno del accionista y depende de terceros. Por otra parte, la ley habla solo del ejercicio del derecho de receso ("El derecho de receso sólo podrá ser ejercido..."), y parece adecuado circunscribir el mismo a la emisión de la declaración de voluntad,

independientemente de su recepción por el destinatario, que hace solo a su perfeccionamiento y del cual derivan sus efectos.

e) Las expresiones por las cuales el representante de un accionista "hace saber, anuncia, avisa, previene, advierte a la asamblea", que su representado hará uso del derecho de receso, que "no hace uso" del mismo, no pueden ser consideradas como declaraciones vinculantes, puesto que no basta esa promesa, requiriéndose una declaración de voluntad actual constitutiva, realizadora de un efecto jurídico inmediato y concluyente(313).

f) La declaración de receso debe ser dirigida a la sociedad, en la persona de su representante legal(314).

Cabe agregar, a todo ello, que si bien los plazos previstos por el art. 245 de la Ley de Sociedades Comerciales son perentorios y su vencimiento provoca la caducidad para el ejercicio del derecho de receso, ello sufre una excepción cuando se trata de un accionista ausente, y la sociedad impide o dificulta el conocimiento por parte del mismo del contenido de las resoluciones asamblearias adoptadas, negándole el derecho a la entrega de las copias correspondientes.

§ 7. Perfeccionamiento del derecho de receso y revocabilidad por la sociedad de la modificación estatutaria justificante de dicho derecho

Durante la vigencia del viejo texto del art. 245 de la Ley de Sociedades Comerciales, se había discutido la posibilidad de la sociedad de dejar sin efecto la decisión asamblearia que había originado el derecho de receso por uno o varios accionistas. La cuestión tomó actualidad a raíz de un fallo de la sala B de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial en autos "Riello Manuel c/ Grimaldi Sociedad Anónima" del 29 de abril de 1980(315)en el cual el tribunal, con la disidencia del magistrado Morandi, en uno de los fallos más injustos que ha registrado la historia del derecho societario, se pronunció en forma afirmativa, sosteniéndose que la eficacia de la declaración de receder estaba sujeta a la inscripción de la reforma estatutaria en el Registro Público de Comercio, ya que solo después de cumplido este acto las modificaciones estatutarias oportunamente aprobadas y no impugnadas se incorporan al estatuto social de manera definitiva y producen efectos respecto de los socios y de los terceros.

Además de los gravísimos perjuicios que este precedente provocó a los accionistas que ejercieron el derecho de receso, pues antes de la revocación del acuerdo asambleario que originó el derecho de receso, el directorio de la sociedad "aprovechó" para aumentar sustancialmente el capital social, emitiendo nuevas acciones que obviamente los recedentes no suscribieron, por

considerarse ya alejados de la sociedad, de manera tal que cuando el tribunal de alzada se expidió en el sentido de que el derecho de receso solo se perfeccionó cuando se inscribió en el Registro Público de Comercio, la reforma estatutaria que dio lugar al mismo, el porcentaje accionario de los actores había sido reducido a su mínima expresión, la doctrina del tristemente caso "Riello" menoscababa el fundamento mismo del derecho de separación del accionista consagrado por el art. 245, LSC, subordinándolo a una condición no prevista por la ley, y que depende exclusivamente de la voluntad de la sociedad, cual es la registración de la reforma del estatuto en el Registro Público de Comercio. El fallo cuestionado viola asimismo la norma del art. 12 de la ley 19.550, que consagra claramente el carácter declarativo de la registración de las modificaciones estatutarias, en el sentido de que las mismas son plenamente oponibles entre los socios desde su aprobación y no desde su inscripción.

El precedente jurisprudencial mereció, salvo alguna excepción(316), la crítica general de la doctrina, y posteriores fallos de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, esta vez de las salas D y E de ese tribunal en autos caratulados "Roberto Guillermo c/ Bieckert Sociedad Anónima s/ sumario" del 27 de octubre de 1982 y "Golpe Seoane Santiago c/ Surjet SA s/ sumario" del 4 de octubre de 1984, volvieron a la buena doctrina, estableciendo categóricamente el carácter meramente declarativo de las inscripciones de las reformas al contrato social, de manera que el ejercicio del derecho de receso no quedaba subordinado a condición suspensiva alguna, perdiendo su calidad de socio una vez comunicada su voluntad de receder(317).

Sin perjuicio de ello, y habida cuenta que de los términos del art. 245 surgía la imposibilidad de que una asamblea posterior revocara el acuerdo que había originado el ejercicio del derecho de separación por uno o varios socios, la ley 22.903, haciéndose eco de una importante corriente doctrinaria, prescribió, en la nueva redacción del art. 245, LSC, la caducidad de las acciones emergentes del derecho de receso, si las resoluciones asamblearias que las originan son revocadas por una nueva asamblea, celebrada dentro de los sesenta días de expirado el plazo para su ejercicio por los accionistas ausentes.

La ley 22.903 no ha aclarado la naturaleza de la asamblea a la cual le corresponde la revocación del acuerdo del órgano de gobierno que originó el ejercicio del derecho en estudio, pero no debe dudarse de que la misma debe ser extraordinaria, pues tendrá por objeto poner nuevamente en vigencia la cláusula estatutaria reformada, lo cual implica obviamente una modificación del estatuto, de conformidad a lo dispuesto por el art. 12 de la ley societaria.

Como se afirmara, el derecho de receso ejercido oportunamente, convierte a quien lo ejerce en acreedor de la sociedad, y la circunstancia de que una asamblea posterior pueda revocar el acuerdo respectivo en nada altera lo expuesto, desde que, conforme a los claros términos del párrafo cuarto del art. 245, LSC, esta decisión de órgano de gobierno constituye una condición resolutoria, y la redacción del mismo confirma lo expuesto, en cuanto dispone que, decidida la revocación de referencia, los socios recedentes readquieren sin más el ejercicio de sus derechos, retrotrayéndose los de naturaleza patrimonial, al momento en que notificaron el receso.

En definitiva, el derecho de receso si bien constituye un acto unilateral y emana de la propia declaración expresada en ese sentido por los accionistas, ese derecho sólo queda perfeccionado mediante el conocimiento que tenga la sociedad de dicha declaración, atento el carácter de recepticia que la misma reviste, declaración que no requiere aceptación ni conformidad de ningún tipo.

§ 8. Determinación del valor de la participación del socio recedente

En esta materia, si bien la ley 22.903 mantuvo la misma filosofía que inspiró a los legisladores de la ley 19.550, incorporó algunas modificaciones al art. 245, tendientes a mejorar la posición del recedente en lo que al reembolso de su participación accionaria respecta.

El art. 245, en su versión original, establecía sencillamente que las acciones se reembolsaran por el valor resultante del último balance aprobado. La ley 22.903 mejoró y amplió el penúltimo párrafo de dicha norma, estableciendo, como principio general, que las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias, refiriéndose concretamente al balance correspondiente al ejercicio en que se produjo el receso.

La jurisprudencia en forma reiterada y pacífica ha aclarado los alcances del nuevo art. 245, que no se refieren a la situación de incumplimiento material del balance inmediatamente anterior a la situación de que se trate, pues en tal caso el legislador debió haber dicho "o que debió realizarse". Por el contrario, la expresión "deba realizarse" mira hacia el presente o hacia el futuro, y ello no obsta a que no sea la única situación a la que alude la norma, ya que también se refiere a los supuestos en que la ley establece la necesidad de balances especiales[318], aludiendo a las hipótesis previstas por los arts. 77, 83, 88, 224, etc., de la ley societaria[319].

Por otra parte, y a los efectos de evitar la posibilidad de maniobras dilatorias por parte de las mayorías, que incumplían la obligación de aprobar en término sus balances, la reforma introducida por la ley 22.903 ha sustituido el término "aprobado" por "realizado", agregando como opción "o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias", permitiendo obviar las dificultades que podrían presentarse cuando el balance no estuviera aún aprobado o confeccionado, en cuyo caso la determinación del valor del socio recedente debe realizarse conforme al balance pendiente de aprobación o tratamiento[320].

Si bien las reformas efectuadas por la ley 22.903 son ponderables, ella se quedaron a mitad de camino, pues el método utilizado por el legislador para la

determinación del valor de la participación del socio recedente, remitiéndose a los estados contables de la sociedad, sigue siendo un tema que divide a nuestra doctrina, la cual mayoritariamente prefiere la realización de un balance especial de receso u otros procedimientos que permitan obtener un valor más adecuado de las acciones recedentes, con expresa inclusión del valor llave, al cual, salvo un reciente fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, al cual haremos referencia en el parágrafo siguiente, no tienen actualmente los recedentes derecho a percibirlo, pero que, paradójicamente, el socio excluido sí tiene derecho a reclamarlo, a pesar de haber incurrido en graves incumplimientos que justificaron su exclusión, conforme surge de lo dispuesto por el art. 92, LSC, para los tipos sociales en los cuales dicha causal de resolución parcial es admisible (arts. 91 y 92, LSC).

Todo parece indicar que los efectos patrimoniales que suponen para la sociedad el ejercicio del derecho de receso por alguno de sus integrantes han influenciado en el legislador, quien se inclina por la determinación del valor de receso a través de los estados contables de la sociedad, a pesar de que a nadie escapan los defectos usuales de este tipo de estados contables, como, por ejemplo, las subvaluaciones de los bienes del activo, producto del sistema de amortizaciones, que difícilmente hacen coincidir el valor real del bien con su valor contable(321). Estos defectos han sido advertidos por la jurisprudencia nacional, al punto que ha sido sostenido que las constancias de los estados contables como método de valuación de la participación del accionista recedente, con los defectos que ellos presentan y que los aleja de la realidad, permite arribar a la conclusión que el legislador ha asumido ese método de valuación, simplemente porque no tenía otro mejor(322).

Recuérdese que de conformidad con las normas de elaboración de los estados contables que emanan de consejos profesionales en ciencias económicas o federaciones de ellos y que no son leyes, establecen que cuando se trata de bienes intangibles de creación o producción de la propia empresa, ellos deben aparecer en los estados contables con un valor cero, ello constituye un actuación reñida con los más elementales principios de justicia, cuando se trata de determinar el valor de reembolso de la participación del accionista recedente, pues esa forma de valuación —como ha sido predicado en un fallo— no cumple con el requisito de identificabilidad separada del resto del activo, como tampoco con el requisito básico de objetividad de su medición(323).

Aparentemente, el legislador ha partido de la idea de que la aprobación de los estados contables por los socios no constituye un simple trámite burocrático que debe ser efectuado en virtud de normas legales que lo imponen, sino que, en tanto constituye una descripción detallada de la situación patrimonial de la sociedad a un momento determinado, es responsabilidad de los socios custodiar la legalidad y veracidad de los mismos, a través de una asamblea de accionistas, y con mayor razón, atendiendo a los efectos que para los accionistas se derivan de la aprobación de los estado contables (arts. 68, 224, etc.). En consecuencia, la ley 19.550 obliga al accionista a interesarse sobre la gestión empresaria, obligándolo a impugnar los estados contables cuando los mismos arrojen cifras que no reflejen la real situación económica y financiera de la sociedad. Si así no

lo hiciere, consintiendo defectuosos o insinceros estados contables, deberá soportar, al receder, las consecuencias de su propio accionar.

Pero la realidad de todos los días, que no necesariamente se adapta a las intenciones de quienes hacen las leyes, han demostrado que, incluso mediante la acción impugnatoria de los estados contables, el accionista recedente no se encuentra suficientemente custodiado, pues conocidas son las dificultades que deben soportar quienes cuestionan los estados contables, cuando estos no participan en la administración de la sociedad y carecen de la posibilidad de acceder directamente a la contabilidad social. La reiterada pero no menos absurda doctrina judicial que predica la inaplicabilidad de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550 a las acciones judiciales de impugnación de las decisiones asamblearios que aprobaron los estados contables constituye la mejor prueba de lo expuesto.

Sobre la base de estos argumentos han criticado el sistema legal de reembolso, entre otros, Romero, Escutti y Richard(324), Dasso(325)y Bollini Shaw(326), proponiéndose otros sistemas que permiten obtener un valor más adecuado de las acciones recedentes, ya sea a través de la confección de un balance especial, determinación judicial o por árbitros terceros cuyo laudo obligue a las partes, sistemas estos no exentos de críticas, por los gastos y demoras que implican. Por mi parte, considero que la determinación del valor de reembolso al socio recedente por medio de un balance especial de la empresa, con participación en su confección de accionista que ha ejercido el derecho previsto por el art. 245 de la ley 19.550, parece ser el método ideal para cumplir con el objetivo previsto por la norma en análisis, lo que deberá necesariamente ser tenido en cuenta en una futura reforma legislativa.

Pero consagrado legalmente el sistema de valuación a través de los estados contables de ejercicio y no de un balance especial(327), criterio que plantea enormes dudas en cuanto a su constitucionalidad, habida cuenta su probable afectación al derecho de propiedad, garantizado por el art. 17 de la Constitución Nacional, cuestión que debe ser reservada por quien estima que la pauta de cuantificación de la participación accionaria del recedente es lesiva de los derechos consagrados en nuestra Carta Magna(328), corresponde abocarnos a algunos problemas que se presentan en la práctica.

En primer lugar, ha sido discutido el derecho de la sociedad de rectificar los estados contables de ejercicio que fue tomado como base para el cálculo del valor de reembolso de las acciones del socio recedente, que fuera oportunamente aprobado por una asamblea de accionistas, habiéndose sostenido que no corresponde oponer a los accionistas recedentes las rectificaciones a los estados contables aprobados por la mayoría con posterioridad a la notificación del ejercicio del derecho de receso, pues al haber sido efectuadas las mismas sin la intervención de aquellos, los nuevos estados contables no pueden implicar "el último balance" en el sentido empleado por el art. 245 en análisis(329). Creemos por nuestra parte que si el balance debe consistir, por propia definición, en una exposición fiel y lo más exacta posible del patrimonio social, nadie puede cuestionar el derecho de la sociedad de rectificar los mismos a través de una nueva asamblea que revoque la aprobación de los

estados contables que no cumplían con tal finalidad y proceder a la aprobación de esos nuevos instrumentos, pero siempre es necesario que los accionistas recedentes tengan participación en la aprobación de los nuevos estados contables, pues a ellos les interesa sobremanera la exactitud veracidad de las cuentas incluidas en ellos, pues sobre la base de estas se calculará el valor del reembolso de sus acciones. De manera tal que su alejamiento de la sociedad, consecuencia de haber notificado a la misma el ejercicio de su derecho de receso, no impide que el directorio adopte todas las previsiones del caso para permitir que los recedentes emitan su opinión en la elaboración de los nuevos estados contables rectificatorios de los anteriores o cuestionen posteriormente la validez de la asamblea que los ha aprobado.

Una situación parecida se presenta cuando el directorio, al confeccionar los estados contables de la sociedad, ha cambiado el método de valuación de ciertos bienes, mereciendo ello el cuestionamiento del recedente, alegando haber afectado el principio de coherencia en la preparación de los mismos. Se sostuvo, al resolverse este conflicto, que si el cambio del método de valuación de ciertos bienes tuvo por objeto sincerar los estados contables de la sociedad, lográndose con dicha modificación estimar el valor del activo social en su real dimensión o magnitud, constituye una actuación de la sociedad que no merece reproches, pues de otro modo importaría reconocer al accionista recedente un valor que sus acciones no tienen, en tanto el patrimonio de la sociedad aparecería sobrevaluado, si se aplicara el método cuestionado(330).

En segundo lugar, es necesario señalar que si bien el recedente carece de legitimación para participar en el acuerdo asambleario en el cual se aprueban los estados contables correspondientes al ejercicio durante el cual aquel ejerció el derecho de receso, pues una vez notificada la sociedad de su voluntad en tal sentido, el accionista pierde el carácter de tal para convertirse en un acreedor de la sociedad por el valor del reembolso de sus acciones, ello no implica que el directorio no le deba informar sobre los estados contables sobre la base de los cuales se determinará el valor de su participación social ni recibir de éste todos los cuestionamientos que estime corresponder en torno a la elaboración de los mismos o las concretas impugnaciones a las cuentas que estime inexactas, pues es de toda evidencia que el recedente tiene interés en hacerlo. Del mismo modo, nada le impide a éste cuestionar la legalidad o sinceridad de esos estados contables, exigiendo la rectificación judicial de los mismos(331), pero no a través de la impugnación de la decisión asamblearia que aprobó los mismos, en los términos del art. 251 de la ley 19.550, pues como tercero ese acuerdo le resulta indiferente e inoponible, sino a través de la acción de nulidad de los estados contables, considerados estos como actos jurídicos independientes de su aprobación asamblearia, resultándose asimismo ininvocable contra él el transcurso de los 90 días previstos por dicha norma.

La jurisprudencia ha hecho lugar a la impugnación judicial efectuada por la accionista recedente a los estados contables sobre cuya base se estableció el valor de su participación accionaria en la sociedad, sosteniéndose —con todo fundamento— que no resulta razonable realizar la valuación de la participación accionaria de los actores en base a los activos actuales, cuando éstos fueron reducidos por efecto del vaciamiento producido como consecuencia de la

maniobra fraudulenta imputada a los directores demandados, quienes no pueden verse beneficiados como consecuencia de su actuación contraria al interés social[332].

Finalmente debe señalarse que, a los efectos de la determinación del valor de la participación societaria del accionista recedente, y en la medida en que la misma representa una proporción del patrimonio de la sociedad, como universalidad jurídica compuesta por un conjunto de derechos y obligaciones de la que es titular el ente a un momento determinado, el derecho del recedente no se agota con el capital social propiamente dicho, sino con el porcentaje correspondiente al fondo de reserva, resultados no asignados o utilidades no liquidadas, previsiones, etcétera.

§ 9. Un trascendente fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza. El caso "Sar Sar Roberto Mario c/ Hemodiálisis San Martín SRL"

La Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, en el fallo "Sar Sar Roberto Mario c/ Hemodiálisis San Martín SRL", del 21 de diciembre de 2010, llegó a la conclusión, con un meduloso estudio de la cuestión y con argumentos que no pueden sino compartirse en su totalidad, que pese a que el art. 245 de la ley 19.550 no contempla ni incluye al valor llave en momento alguno, lo cierto es que tampoco prohíbe expresamente su inclusión, de manera que no resulta procedente exigir la previa declaración de inconstitucionalidad de la norma para la procedencia del rubro, en la determinación del valor de la participación del socio recedente, pues dicha inconstitucionalidad no es tal y resulta innecesaria, por cuanto la concesión de ese intangible no viola ni trasgredí la norma en cuestión.

Agregó dicho tribunal que la importancia que actualmente tienen distintos elementos susceptibles de ser cuantificados, tales como marcas, participaciones en el mercado, liderazgos, management, prestigio, perspectivas, una estructura organizada y experimentada, personal calificado, dirección experta y probada, es indiscutida. Estos elementos que, entre otros, constituyen el valor llave de una empresa, agregan a la misma un plus valor en su cuantificación que no puede ser nunca desconocido, y mucho menos serle indiferente, al valuar la participación del accionista que ejerce el derecho de receso. Concluye la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza que, "Declarar la improcedencia de la inclusión del valor llave en el cálculo de la participación societaria del accionista recedente, consagra una notoria injusticia y sin lugar a dudas, una clara violación al derecho de propiedad del socio que se retira de la sociedad, pues si la sociedad fuera vendida con posterioridad a la salida del socio recedente, sin lugar a dudas pedirían al comprador el reconocimiento de ese valor y la operación sería completamente legítima. Por ello ¿por qué no tenerlo en cuenta en el caso de la acción de receso?".

§ 10. Pago del importe del valor de las acciones. Intereses

El art. 245, en su párrafo quinto establece, como principio general, que el importe del valor de las acciones debe ser pagado dentro del año de la clausura de la asamblea que originó el receso, dejando a salvo los supuestos de retiro voluntario, desistimiento o denegatoria de la oferta pública o cotización, o de continuación de la sociedad en el supuesto del art. 94, inc. 9º, en los que deberá pagarse dentro de los sesenta días de la clausura de la asamblea o desde que se publique el desistimiento, la denegatoria o la aprobación del retiro voluntario. Ellos constituyen plazos ciertos en los términos del art. 509 del Código Civil, cuyo vencimiento constituye en mora a la sociedad accionada.

El plazo de pago otorgado por el art. 245, párrafo 5º, LSC, no implica menoscabo alguno al derecho del accionista recedente, pues tal diferimiento ha sido pensado para facilitar el pago a la sociedad, mediante utilidades o la constitución de reservas.

El párrafo sexto del artículo en análisis ratifica lo expuesto, cuando textualmente dispone que el valor de la deuda se ajustará a la fecha del efectivo pago, lo cual constituye simple aplicación de lo dispuesto por el art. 62, in fine de la ley societaria.

Ha sido discutido en jurisprudencia el momento a partir del cual corresponde computar la actualización de la acreencia del accionista recedente, habiéndose mantenido dos criterios: a) por una parte, se alude a la fecha de notificación del ejercicio del derecho de receso[(333)]y, b) por la otra, quienes sostienen la fecha del cierre del balance referido en el párrafo quinto del art. 245[(334)]. Esta última es la solución que, a mi juicio, es la que se compadece con la intención del legislador, habida cuenta, cómo se ha sostenido, que los estados contables deben confeccionarse a moneda constante al día del cierre del ejercicio (art. 62, in fine, LSC).

Bien es cierto que la ley 23.928 vino a derogar el ajuste previsto en el art. 245, párrafos 6º, LSC, por lo que los intereses, a partir de la vigencia de aquella ley, deben ser calculados a partir de la mora de la sociedad, transcurrido el plazo de un año o seis meses, según los casos, con que cuenta la misma para abonar el valor de las acciones al accionista recedente. La tasa debe ser aquella que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, pues, como lo ha explicado el Dr. Enrique Butty, como magistrado de primera instancia, el costo del dinero debido por el deudor moroso —refiriéndose concretamente a un supuesto idéntico al que se analiza— solo puede vincularse con las operaciones activas de los bancos, pues la operación pasiva (depósito bancario) no se vincula con el precio del dinero en plaza, sino más bien con la operatoria negocial típica del pequeño ahorrista, la que solo puede referirse,

obviamente, al rendimiento del dinero que se posee y no al costo del dinero que no se posee[335].

§ 11. Efectos del derecho de receso

Como consecuencia del ejercicio del derecho de receso, una vez notificada la sociedad, el accionista queda separado de la misma y desligado del vínculo de derechos y obligaciones que a la sociedad lo unían. Se convierte frente a ella en un tercero acreedor, pasando a ser titular de un derecho creditorio al reembolso del valor de sus acciones[336]. Como bien sostiene Dasso, por efecto del ejercicio del derecho de receso, ya no afectará al recedente ninguna obligación ni le asistirá ningún derecho de los que era titular como accionista.[337]

En otras palabras, y como consecuencia del ejercicio del derecho de receso, el recedente deja de ser accionista desde el mismo momento en que notifica a la sociedad su voluntad de receder, y a partir de allí cesa su legitimación para ejercer cualquier derecho que la ley 19.550 reserva exclusivamente a quien reviste el carácter de socio.

Esa falta de injerencia en la vida de la sociedad no implica que el accionista deba quedar sometido a los actos que emanan de aquella y que tuvieran relación con la percepción de su crédito, pues le asiste a aquel, como hemos visto, el derecho de atacar la insinceridad o legalidad de los estados contables, de los cuales surgirá el valor de su acreencia, pero no ya a través de las vías reservadas a los accionistas (art. 251, LSC), sino a través de las acciones ordinarias de nulidad, previstas por el ordenamiento común, pues a diferencia de aquella, su pretensión solo responde al exclusivo interés particular, propio, personal e individual de quien la ejerce[338].

Con otras palabras, y como ha sido expuesto por la jurisprudencia, los recedentes, a ejercer el derecho de separación, carecen del derecho de desaprobar la gestión del directorio de una sociedad en la que dejaron de formar parte. Le medida del interés de los accionistas recedente está dado por la revisión y eventual rectificación del balance sobre el cual habrá de calcularse el valor de su participación en el capital[339].

El perfeccionamiento del derecho de receso obliga a la sociedad a abonar a sus titulares el valor de sus participaciones accionarias, existiendo varias posibilidades para que ello pueda ser posible: en primer lugar, si existen reservas libres, ellas podrán ser utilizadas a tal fin, pero para ello éstas deben ser desafectadas, mediante decisión expresa de una asamblea ordinaria, al destino para la cual habían sido creadas. Del mismo modo, si existen "resultados no asignados" —o ganancias no distribuidas— en las cuentas del patrimonio neto, también podrá el directorio echar mano a esas sumas con tal finalidad. Otro

recurso, aunque más problemático, es que la sociedad abone a los recedentes el valor de sus participaciones, mediante la reducción del capital social, pero como se trata de una reducción voluntaria de capital, ello puede provocar la oposición de los acreedores o la necesidad de garantizar a los mismos (art. 204 de la ley 19.550), lo que muchas veces no se solución aconsejable.

De todos modos y en todos los casos, se trata de un supuesto previsto por los arts. 220 y 221 de la ley 19.550, esto es, de adquisición por la sociedad de sus propias acciones, lo que torna aplicable las pautas allí previstas en cuanto: a) La sociedad puede de inmediato cancelarlas, previo acuerdo de reducción del capital; b) Puede recurrir a las ganancias realizadas y líquidas o reservas libres para abonar el valor de reembolso del accionista recedente; c) Si no cancela las acciones, podrá enajenar las mismas dentro del plazo y con los derechos de preferencia previstos por el art. 221 de la ley 19.550.

Los efectos del derecho de receso, como ha sido explicado, solo pueden ser superados por la sociedad, mediante la posibilidad de revocación de las causales que originaron la misma, dentro del plazo previsto por el párrafo cuarto del art. 245, en cuyo caso, los recedentes readquieren "sin más" el ejercicio de sus derechos, retrotrayéndose, los de naturaleza patrimonial, al momento en que se notificara el receso. De manera tal que, si en el ínterin que transcurre entre el ejercicio del derecho de receso y la revocación asamblearia de la causal que originó el mismo, la sociedad ha efectuado un aumento del capital social, corresponde, luego de la aludida revocación, que se le permita al socio el ejercicio de los derechos de preferencia y de acrecer con respecto a las acciones que, como consecuencia del ejercicio del derecho de receso, no tuvo interés en suscribir e integrar.

Un problema interesante que plantea el ejercicio del derecho de receso se presenta cuando, al momento de ejercer ese derecho, el recedente mantenía con la sociedad varios pleitos promovidos en su carácter de accionista, que deben darse por concluidos atento a que, como consecuencia de los efectos del derecho de separación, el accionista perdía su carácter de tal, careciendo de legitimación para continuar el mismo.

En una interpretación que consideramos equivocada, la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial[(340)]interpretó que, ante el ejercicio del derecho de receso, las acciones impugnatorias de asambleas promovidas por el recedente debían quedar concluidas, imponiendo las costas respectivas al mismo, por simple aplicación de lo dispuesto por el art. 73, párrafo 2º, olvidando el Tribunal que dicho desistimiento se produjo como consecuencia de una circunstancia ajena a ese pleito, como lo ha sido la adopción por la sociedad demandada de una reforma estatutaria que alteró las bases fundamentales del estatuto.

Tal circunstancia puede ser equiparada al "cambio de legislación o jurisprudencia", que el mismo art. 73 establece como excepción al principio general ya referido, y que autoriza a eximir las costas al actor que formula el desistimiento del respectivo pleito.

A ello no puede argumentarse, como sostiene el Tribunal en el precedente invocado, que la soportación de las costas en los pleitos pendientes son circunstancias que el accionista deba merituar al momento de receder, pues la opción prevista por el art. 245, LSC, está pensada como un derecho esencial del accionista frente a la alteración fundamental de la sociedad que integra o a una modificación sustancial en el ejercicio de sus derechos y no es congruente sostener que esa opción esté subordinada a la conveniencia del recedente por las derivaciones de los juicios que mantiene con el ente, obligándolo a continuar en ella, cuando dicha sociedad no es la misma como consecuencia de la modificación estatutaria que originara su derecho de separación.

§ 12. Incompatibilidad entre el ejercicio del derecho de receso y la acción impugnatoria de la asamblea que originó el mismo

Ha resuelto la jurisprudencia, con todo acierto, la incompatibilidad del ejercicio del derecho de receso con la acción de nulidad del acuerdo asambleario que haya originado el mismo, pues ambos caminos resultan incompatibles por varias razones:

1. La acción de receso supone como precedente un acto válido, a diferencia de la acción prevista por el art. 251, LSC, que parte de la base de un acto asambleario adoptado con vicios, por lo que, si el acto fuera nulo, ninguna modificación se habría producido en la situación anterior del accionista, careciendo de fundamento el derecho de receso(341).

2.La acción de impugnación, a diferencia del receso, presupone una intención del accionista de permanecer en la sociedad, ejerciendo un derecho que la ley 19.550 solo confiere a los accionistas(342).

§ 13. Renunciabilidad y reglamentación del derecho de receso

El fundamento del derecho de receso, que constituye una garantía para el accionista frente a las decisiones de la mayoría que le impongan permanecer en una sociedad que no presenta las mismas características que tenía cuando él se incorporó, justifica que dicha institución haya sido calificada reiteradamente como de orden público(343), y en virtud de ello, el art. 245, in fine, LSC, prescribe la nulidad de toda disposición, estatutaria o asamblearia, que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio.

El carácter de orden público que caracteriza este derecho impone la nulidad de toda cláusula estatutaria que prevea la renuncia al mismo por parte del accionista, pero al respecto, corresponde afirmar que la renuncia que prohíbe el último párrafo del art. 245 se refiere a la renuncia abstracta o genérica previa, por lo que nada obsta a que el accionista pueda renunciar concretamente al mismo, en forma expresa o implícita, debiendo citarse, como ejemplo de esto último, cuando el socio interviene en una asamblea posterior, el cobro de dividendos en ejercicios posteriores al cual el accionista ha recedido, etcétera.

Del mismo modo, debe considerarse que la previsión estatutaria respecto a la posibilidad de llevar a cabo una determinada reforma del estatuto, no supone cláusula incluida dentro de la prohibición del último párrafo del art. 245, pues no es el caso de una renuncia anticipada, sino de una regulación concreta anticipada también a su ejercicio por la voluntad societaria(344).

§ 14. El derecho de receso y la quiebra de la sociedad

El art. 149 de la ley 24.522, en protección a la masa de acreedores y empleando una fórmula que tiende a sancionar maniobras realizadas en contra de aquella, dispone expresamente que si el receso se ejercita estando la sociedad en cesación de pagos, los recedentes deben reintegrar al concurso todo lo que han percibido por ese motivo, pudiendo requerirse el reintegro en el mismo juicio de quiebra, por vía incidental, y el juez puede decretar de inmediato las medidas cautelares necesarias para asegurar el cobro de la acreencia adeudada por el recedente (art. 150 segundo párrafo de la ley 24.522).

Art. 246.—

Orden del día: efectos. Es nula toda decisión sobre materias extrañas a las incluidas en el orden del día, salvo:

1) Si estuviere presente la totalidad del capital y la decisión se adopte por unanimidad de las acciones con derecho a voto;

2) Las excepciones que se autorizan expresamente en este título;

3) La elección de los encargados de suscribir el acta.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 14, 236, 237, 247, 276, 294 inc. 8º; LSC Uruguay: art. 358.

§ 1. El orden del día

La ley ha asignado al orden del día un papel trascendental en la celebración de las asambleas, a tal punto que el art. 246 de la ley 19.550 dispone la nulidad de toda decisión ajena a las materias que están sometidas a deliberación de los accionistas, para que estos puedan tomar parte en las asambleas con conocimiento de causa; asimismo tiende a impedir que se sorprenda la buena fe de los ausentes, resolviendo sobre asuntos que se suponía no serían sometidos al acuerdo(345). Por ello es que se ha afirmado que el orden del día funciona como una garantía para los accionistas y demás intervinientes en la asamblea(346).

El orden del día de la asamblea fija la competencia del órgano de gobierno, lo cual significa que, prima facie, la asamblea solo puede deliberar y decidir válidamente sobre asuntos consignados en la convocatoria, y en principio, toda decisión asamblearia fundada en materias extrañas a las incluidas en el orden del día, están fulminadas de nulidad, salvo las excepciones que la ley enumera.

El orden del día debe resultar de la reunión de directorio que ha dispuesto la convocatoria a asamblea y debe ser redactado en forma clara, precisa y concreta, evitando enunciaciones vagas e imprecisas, que puedan dar lugar a la alteración de resoluciones específicas(347). Si se trata de reformas estatutarias, el orden del día debe indicarse con precisión. Asimismo, cuando se trata de la remoción con causa de uno o varios directores, debe expresarse la misma aún en la forma más sinóptica, pues es necesario que todos los asistentes a la asamblea puedan saber de qué se trata y los directores afectados puedan ejercer cabalmente su derecho de defensa(348).

En tal sentido, la Inspección General de Justicia ha admitido la expresión "reforma de estatutos" solo cuando se trate de una modificación integral de los mismos, que comprende la totalidad o la mayor parte del articulado, pero no cuando la reforma afecta a determinados artículos, en cuyo caso es menester enunciarlos en el orden del día en relación con el tema sobre el cual versan.

Sin embargo, la nulidad de las decisiones extrañas a las incluidas en el orden del día sufren las siguientes excepciones:

1. Si estuviere presente la totalidad del capital social y la decisión se adoptara por unanimidad de las acciones con derecho a voto. La excepción no se refiere solo a la asamblea unánime prevista por el art. 237, último párrafo, sino a todos los casos en que ambos requisitos se encuentran reunidos.

2. Las excepciones expresamente autorizadas en la misma ley, que se contemplan en el art. 276 cuando admite la remoción de los administradores o integrantes del órgano de control en el caso de decidirse su responsabilidad.

3. La elección de los encargados de suscribir el acta.

Téngase en cuenta finalmente que el orden del día debe ser redactado por quien convoca a asamblea, es decir, en principio, por el directorio, por la sindicatura o el consejo de vigilancia, en los supuestos en que estos últimos lleven a cabo la convocatoria (arts. 281, inc. b], y 294, inc. 7º), y por los accionistas, en el supuesto previsto por el art. 236, inc. 2º de la ley 19.550. El síndico puede, además, hacer incluir en el orden del día redactado por el directorio o por los accionistas en el supuesto previsto por el art. 236 de la ley 19.550, los puntos que considere conveniente (art. 294 inc. 8º), atribución que también goza el consejo de vigilancia (art. 281 inc. g] de la ley 19.550).

Un tema interesante, que se vincula con la naturaleza y finalidad del orden del día, radica en saber si la asamblea puede reconsiderar cualquiera de las cuestiones abordadas y aprobadas con anterioridad, y ello solo es posible en tanto se presenten los siguientes requisitos: 1) Que la decisión sea aprobada por la mayoría de los votos presentes y 2) Que continúen en la asamblea los mismos accionistas que votaron la cuestión, cuya votación se desea reconsiderar. Alguna jurisprudencia ha considerado fundamental, a tales efectos, que hayan surgido durante el transcurso del acto asambleario, hechos nuevos o se cuente con información no existente al votarse la decisión antes adoptada[(349)].

§ 2. La excepción prevista por el art. 276 de la ley 19.550

Si bien el art. 246 de la ley 19.550 establece algunas excepciones a la necesaria declaración de nulidad de las decisiones asamblearias no comprendidas en el orden del día, resulta importante detenernos en aquella prevista en el inc. 2º de la referida disposición legal, cuando se refiere a "las excepciones que se autorizan expresamente en este Título", lo cual constituye un desacierto, pues en el Título 5º de la Sección 5º del Capítulo II de la ley 19.550, referido a las asambleas de accionistas de las sociedades anónimas, no hay otra excepción al principio general previsto por el art. 246 que aquellas contempladas en la misma norma.

Siempre se ha interpretado, no obstante ese error del legislador, que cuando se habla de "Las excepciones que se autorizan expresamente en este Título", se ha querido referir a aquella disposición, prevista en el art. 276, cuando expresamente dispone que la promoción de la acción social de responsabilidad "puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución del asunto incluido en ésta", lo que ha generado, en la práctica societaria, la convicción de que siempre es posible adoptar una decisión asamblearia ajena al orden del día, cuando ese acuerdo es consecuencia directa de otra resolución adoptada en el mismo acto por el órgano de gobierno.

Se debate entonces si esta excepción es solo aplicable a la promoción de acciones sociales de responsabilidad, interpretando la norma del art. 276 en forma restrictiva, o si ello puede acontecer en otras circunstancias, cuando entre una y otra resolución asamblearia existe una relación de causa y efecto.

Esta situación fue analizada por la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el caso "Fernández Julio Roberto c/ Molto Gas SA s/ medidas precautorias", del 12 de mayo de 2015, arribándose a una solución que a nuestro criterio fue equivocada. Se trataba de una asamblea ordinaria convocada en los términos del art. 234 inc. 1º de la ley 19.550, esto es, para aprobar los estados contables, sus resultados, remuneraciones, etc., pero advertido que fue la existencia de la pérdida total del capital social, los accionistas decidieron por mayoría, en esa misma asamblea, la disolución de la sociedad, por la pérdida del capital social, como lo dispone en art. 94 inc. 5º de la ley 19.550 y su inmediata liquidación, para evitar las consecuencias previstas por el art. 99, que ante la constatación o declaración de una causal disolutoria, solo permite a los administradores atender los asuntos urgentes y adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación.

Dicha decisión asamblearia fue impugnada por un accionista, quien pidió la suspensión provisoria de dicha decisión social —la declaración de la disolución y el nombramiento del liquidador—, con el argumento de que estas cuestiones no formaban parte del orden del día, privilegiando el tribunal de esta manera las formas sobre aspectos tan sustanciales como lo es la imposibilidad de que una sociedad anónima funciones sin capital social, con lo cual traslada automáticamente los riesgos empresarios a los terceros, situación que debe ser abordada por la asamblea en el mismo momento en que se advierte la incursión en la causal disolutoria prevista en el art. 94 inc. 5º de la ley 19.550, sin que constituya obstáculo para ello, el hecho de que tal cosa haya sucedido en el seno de una asamblea ordinaria y no extraordinaria o de no figurar la disolución en el orden del día, resolviendo equivocadamente la Cámara que "...si bien no se ignora que ante la pérdida del capital social y el agravamiento del pasivo, las autoridades societarias deberían proceder con urgencia, no se admite que, so pretexto de las graves consecuencias que apareja la pérdida del capital social, se pretenda que estos jueces sustituyan los aparentes defectos formales que se habrían configurado en el órgano que se encargó de expresar la voluntad social", conclusiones inadmisibles teniendo en cuenta que tales consecuencias no son otras que la responsabilidad ilimitada y solidaria de los administradores y socios por las obligaciones ajenas a la liquidación del ente (art. 99 LGS).

La doctrina sentada por la sala C de la Cámara Comercial en el caso "Fernández", tampoco ha sido feliz en la interpretación efectuada a la norma del art. 246 de la ley 19.550, norma que, como hemos visto y entre las excepciones hechas respecto del principio general allí considerado —nulidad de la decisión asamblearia no incluida en el orden del día— prevé la validez de los acuerdos no incorporados al temario, cuando se trata de "las excepciones que se encuentras autorizadas expresamente en este Título", siendo la única excepción prevista legalmente aquella incorporada en el art. 276 de dicho cuerpo legal, cuando autoriza la promoción de acciones sociales de responsabilidad contra los directores de sociedades anónimas, previa resolución de la asamblea de

accionistas "que pueden ser adoptada aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en éste".

Ello condujo al tribunal a la interpretación de esta salvedad y lamentablemente optó por la interpretación más restrictiva posible, limitando esa excepción a la promoción de las acciones sociales de responsabilidad, permaneciendo fieles a la inexplicable corriente jurisprudencial que por lo general se inclina por la adopción de criterios restrictivos cuando se trata de la aplicación de soluciones expresamente previstas en el ordenamiento legal, actuación judicial que, por lo general, conspira con la búsqueda de la verdad objetiva, que es función primordial de la magistratura que, desde el dictado del celebérrimo caso "Colalillo", la Corte Suprema de Justicia viene predicando desde hace más de sesenta años.

Creemos, por nuestra parte, que la adopción de resoluciones asamblearias sobre cuestiones ajenas al orden del día, cuando ellas son consecuencia directa de la resolución del asunto incluido en este, constituye un principio general de derecho societario que no puede circunscribirse a la norma en la cual el mismo ha sido consagrado, pues se corre el riesgo, de así concluir, que la sociedad no pueda superar situaciones de peligro extremo, como precisamente lo configura la constatación fehaciente de la pérdida del capital social, a través de sus balances, situación que justifica la adopción de drásticas e inmediatas soluciones, sin perjuicio de la adopción de los mecanismos previstos en el art. 96 —reintegro total o parcial o aumento del capital social—, decisiones que pueden ser adoptadas incluso luego de decidida la disolución de la sociedad, en atención a lo dispuesto por el art. 100 de la ley 19.550 en su novedosa redacción por la ley 26.994, que expresamente prevé —sin hacer excepción alguna— que las causales de disolución pueden y deben ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de las causas que le dieron origen.

Art. 247.—

Cuarto intermedio. La asamblea puede pasar a cuarto intermedio por una vez, a fin de continuar dentro de los 30 días siguientes. Solo podrán participar en la segunda reunión los accionistas que cumplieron con lo dispuesto en el art. 238. Se confeccionará acta de cada reunión.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 238, 246. LSC Uruguay: art. 359.

§ 1. El cuarto intermedio

La necesidad del cuarto intermedio puede obedecer a diversas circunstancias, ya sea por prolongarse la asamblea más allá del tiempo previsto, por la posibilidad de efectuar consultas antes de someter a votación algunas de las cuestiones debatidas, o finalmente por la necesidad de postergar determinadas decisiones ante circunstancias fácticas que pueden presentarse en la asamblea(350).

El art. 247 reglamenta el cuarto intermedio, el cual está sometido a las siguientes pautas de validez:

a) Solo puede usarse una vez en cada asamblea.

b) La asamblea deberá reunirse dentro de los treinta días siguientes al de su apertura.

c) Solo pueden participar en la segunda parte los accionistas que hubieran estado presentes en la primera y que hayan cumplido el depósito de acciones previsto en el art. 238, con lo cual el legislador persigue impedir el tráfico de votos. Pueden ser menos accionistas si ello no afecta el quórum, pero no puede haber más accionistas de los habidos en la primera parte.

Los accionistas no pueden disponer de las acciones hasta después de finalizada la asamblea, de lo cual se desprende que la cantidad de votos que corresponde a cada accionista no puede ser alterada en la segunda parte del acto.

Con otras palabras, cuando el art. 247 de la ley 19.550 exige que en la reanudación de la asamblea pasada a cuarto intermedio, "solo podrán participar los accionistas que cumplieron con lo dispuesto por el art. 238", lo que establece es que deben tratarse de los mismos "accionistas-personas" no bastando que se trate de las mismas acciones, por lo cual resulta inadmisible que a la primera reunión concurra un accionista, venda sus acciones durante la suspensión del acto y concurra otro accionista, por las mismas acciones, a la segunda reunión, pues al tratarse de una misma asamblea, no es procedente que aparezcan dos socios distintos por las mismas acciones.

Ahora bien, el hecho de que la ley haya dispuesto que solo puede usarse el cuarto intermedio una sola vez en cada asamblea, o que la misma debe reunirse dentro de los 30 días siguientes al de su apertura, no implica que, si existe unanimidad de votos presentes, puedan resolverse más de un cuarto intermedio o que la asamblea se reanude más allá de los 30 días previstos por el art. 247 de la ley 19.550, pues no hay orden público comprometido en esta norma.

La circunstancia de que la ley disponga la confección del acta de cada reunión no implica considerar la existencia de dos actos asamblearios independientes. Se trata de una misma asamblea, interrumpida por los accionistas por presentarse impedimentos que aconsejaron una postergación, y prueba de ello es que la ley habla de continuar la asamblea, estableciendo límites a las participaciones en la segunda reunión, y debiendo considerarse el mismo orden

del día. El propósito del legislador al exigir acta doble responde a la necesidad de reflejar, con mayor exactitud y veracidad, lo ocurrido en cada reunión, lo cual es congruente con lo dispuesto por el art. 73, LSC, que otorga un plazo de cinco días al efecto.

Claro está que ello plantea el interrogante sobre si las decisiones aprobadas en la primera parte pueden ser puestas en ejecución, o si es necesario para ello la conclusión y el cierre del acto asambleario.

Se ha dicho al respecto que las decisiones asamblearias adoptadas antes del cuarto intermedio no quedan en situación de indefinición permanente, puesto que la misma ley 19.550 establece limitaciones temporales y cuantitativas al establecer que solo puede haber un cuarto intermedio y que el plazo entre la primera y segunda reunión de la única asamblea no puede exceder de treinta días(351).

Considero por el contrario que nada obsta a que el directorio pueda ejecutar cualquier decisión asamblearia adoptada antes del cuarto intermedio, o que cualquier accionista, director o síndico pueda impugnar los referidos acuerdos sociales, pues no tiene otro sentido el artículo en análisis, cuando requiere la existencia de doble acta, la cual debe ser suministrada a los accionistas en el término previsto por el art. 73. Ello también es consecuencia de la preclusión que ocasiona la votación por los accionistas de un determinado tema, que cierra la deliberación definitivamente, la cual no puede ser reabierta sino en otra asamblea convocada con las mismas formalidades que la que se está celebrando, y menos aún luego del cuarto intermedio, en que deben considerarse solo aquellos temas pendientes de resolución, salvo que se trate de asambleas unánimes.

Pero en todos los casos, aun cuando no se haya cerrado la asamblea, las decisiones adoptadas con anterioridad al cuarto intermedio pueden ser ejecutadas por el directorio e impugnadas por los accionistas, solución que la ley 19.550 no contempla expresamente, pero que puede inferirse del art. 234, inc. 1º, cuando autoriza al directorio a someter cualquier problema de gestión a la asamblea de accionistas, decisiones estas que, por su propia naturaleza, no admiten la dilación que el cuarto intermedio provoca.

Art. 248.—

Accionista con interés contrario al social. El accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquella.

Si contraviniese esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 54, 243, 244. LSC Uruguay: art. 325.

§ 1. Conflicto de intereses entre el accionista y la sociedad

El reconocimiento de la sociedad comercial como un sujeto de derecho, con los atributos que la personalidad jurídica importa, evita todo tipo de identificación de la misma con la persona de los socios. De esta manera, este contrato plurilateral de organización, caracterizado por prestaciones yuxtapuestas, pero que encierra intereses contrapuestos, al permitir el nacimiento de un nuevo sujeto, incorpora un nuevo interés, el sujeto creado, y este interés puede coincidir o no con el interés particular del socio(352), creándose muchas veces conflictos en el seno de la sociedad.

Parece obvio, transcribiendo palabras de Uría(353), que el accionista busca en la sociedad la satisfacción de intereses personales, pero estos solo deben lograrse a través de la realización del interés social, configurado como el interés común a todos los accionistas, toda vez que la existencia de un fin común resultante de la unificación de los intereses de los socios es la esencia y el fundamento de la sociedad.

La ley no contiene una definición del interés de la sociedad, o interés social, pero sin duda, teniendo en cuenta la definición de sociedad comercial brindada por el art. 1º de la misma, puede extraerse que la actividad inherente al objeto social, dentro del amplio género de producción o intercambio de bienes o servicios, encaminada a obtener beneficios, configura el interés de la sociedad.

Ello no significa que el accionista en forma individual pueda impugnar la política financiera o económica esgrimida por el órgano de administración de la sociedad, la cual es susceptible de ser enfocada desde numerosos puntos de vista y a través de diferentes proyecciones. Precisamente, el gobierno de las mayorías constituye el pilar básico estructurado por el legislador para el buen funcionamiento de la sociedad, y a sus decisiones deben someterse los accionistas, por aplicación del art. 233, LSC, siempre que las mismas se ajusten a disposiciones legales y estatutarias o no impliquen abuso de derecho, sin beneficio para la entidad.

El art. 248 brinda un ejemplo práctico de la supremacía del interés social sobre el individual de los socios, disponiendo que el accionista o su representante, que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar el acuerdo relativo a aquella. Si contraviniese esta disposición, será responsable por los

daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para la decisión adoptada.

Como hemos ya sostenido, el principio general previsto por esta norma tiene sus explícitos ejemplos en lo dispuesto por el art. 241 de la ley 19.550, cuando prohíbe a los directores, síndicos, gerentes generales o miembros del consejo de vigilancia, votar como accionistas en las decisiones relativas a la aprobación de los actos de su gestión y a su remoción con causa, pero la norma del art. 248 ha sido permanentemente aplicada en materia de remuneración de los directores, síndicos y consejeros de vigilancia, cuando la asamblea ordinaria de accionistas debe fijar la retribución de los mismos, de conformidad con lo establecido por el art. 234 inc. 2º de la ley 19.550.

La deficiente redacción del art. 248 de la ley 19.550, en cuanto parece limitar la sanción de la actuación del director que como accionista ha votado en un asunto con respecto al cual mantiene un interés personal contrario al interés de la sociedad, a una simple indemnización de daños y perjuicios, cuando "sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida, ha dado lugar al dictado de una jurisprudencia vacilante, y si bien es cierto que algunos fallos limitaron la sanción al infractor solo para el supuesto de que se hubiere producido un daño al interés social(354), afortunadamente hoy predomina la tesis que sanciona a esa actuación con la nulidad, sin perjuicio de los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido la sociedad o los accionistas personalmente, por esa ilegítima manera de proceder.

Volvemos pues a exponer conceptos ya vertidos al analizar el art. 241 de la ley 19.550: si se parte de la idea de que el legislador, fundado en razones de ética, moral y buenas costumbres, ha prohibido a un accionista emitir su voto en una asamblea, cuando tuviere un interés contrario al interés de la sociedad, es de toda evidencia que la sanción no puede ser otra que la nulidad de dicho acto, pues lo que es ilegítimo, por mediar una expresa prohibición legal, no deja de serlo por el hecho de que no haya producido concretos y reales perjuicios a la sociedad.

En definitiva, hoy parece primar el sano criterio de que la sanción que motiva la violación a la conducta prevista por el art. 248 de la ley 19.550 es la nulidad del voto más la indemnización de los daños y perjuicios, en caso de que éstos se hayan producido. En tal sentido, ha dicho la jurisprudencia que si bien es cierto que el art. 248 de la ley 19.550no prevé la nulidad de la decisión asamblearia sino el resarcimiento de los daños y perjuicios, el art. 251 de la ley 19.550 es muy claro en establecer que toda resolución de la asamblea, adoptada en violación a la ley, estatuto o reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieran votado favorablemente en la respectiva decisión, por lo que la inexistencia de una expresa sanción de nulidad en la primera de dichas normas, no puede excluir la aplicación del art. 251 de la ley 19.550, frente a la existencia de una violación de la ley, al no cumplir el accionista con la obligación de abstenerse de votar, cuando tuviese un interés contrario al de la sociedad(355).

Se trata, a mi juicio, de una nulidad que además, debe considerarse absoluta, por los intereses que se encuentran en juego, sin perjuicio de destacar que la votación por el director accionista, de su propia remuneración como integrante del órgano de administración, constituye un supuesto que la jurisprudencia ha aceptado como motivo suficiente a los fines de la designación de una veeduría, para observar el desenvolvimiento de la sociedad y evitar situaciones más dañosas que las que se pretende prevenir(356).

Una importante cuestión que se deriva del art. 248 de la ley 19.550 es la potestad de la asamblea de impedir al accionista, que ha exhibido y mantiene un evidente interés contrario al social, la emisión de su voto. ¿Debe la asamblea proceder a evitar la emisión de ese voto o corresponde diferir la cuestión a una futura acción judicial de impugnación de la decisión asamblearia? La jurisprudencia ha optado por este criterio en los autos "Carballada Beatriz Norma c/ Toujours Vacances SA y otros s/ ordinario", dictado por la sala E de la Cámara Comercial, el día 21 de octubre de 2015, resolviendo equivocadamente que la asamblea carece de la facultad de determinar la existencia de un interés contrario al social por parte de un accionista; en todo caso, los demás accionistas, si entienden que alguno de ellos se encuadra en posible conflicto de intereses de la sociedad, podrán instar que este se abstenga de votar, pero quien en realidad habrá de adoptar una posición en un sentido u otro, es el mismo accionista supuestamente comprometido.

Esta solución es cuanto menos discutible, pues coloca al accionista cuestionado en árbitro de la situación, provocando una situación que puede ocasionar serios perjuicios a la sociedad, pues atento al carácter inmediato de los efectos producidos por todo acuerdo asambleario (art. 233 LGS), obliga a los sujetos legitimados por el art. 251 de la ley 19.550a iniciar las acciones de nulidad de la referida decisión asamblearia, cuando los votos del accionista con interés contrario han sido decisivos para la adopción de dicho acuerdo, y obtener las medidas cautelares correspondientes (art. 252), para cuya apreciación la jurisprudencia es harto restrictiva. Considero que es la mayoría la que debe proceder a tratar esta cuestión y resolver en consecuencia, y en todo caso, el accionista privado de su derecho de voto, tendrá a su disposición las acciones de nulidad, debiendo desacreditar, en dicho proceso, los argumentos expuestos en torno a su invocado interés contrario.

Art. 249.—

Acta: contenido. El acta confeccionada conforme al art. 73, debe resumir las manifestaciones hechas en la deliberación, las formas de las votaciones y sus resultados con expresión completa de las decisiones.

Copias del acta. Cualquier accionista puede solicitar a su costa, copia firmada del acta.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 73. LSC Uruguay: art. 360.

§ 1. Importancia del acta de asamblea de accionistas

El art. 249 de la ley 19.550, en concordancia con lo dispuesto por el art. 73 del mismo ordenamiento legal, impone la confección de un acta al finalizar el acuerdo asambleario, en el cual se volcará un resumen de las manifestaciones hechas en la deliberación, la forma de la votación y sus resultados, con expresión completa de sus decisiones.

El acta debe labrarse en un libro especial, llevado al efecto con todas las formalidades prescriptas por el Código Civil y Comercial de la Nación esto es, debe ser rubricado por la autoridad de control, de conformidad a lo prescripto por los arts. 323 y ss. de este cuerpo legal, careciendo en caso contrario de todo valor probatorio, como lo dispone el art. 330 del referido ordenamiento unificado.

La redacción del acta puede hacerse en la misma asamblea o posteriormente, para lo cual la ley 19.550, en su art. 73, otorga un plazo de cinco días desde la clausura del acto. Por ello es fundamental que al comenzar la asamblea, los accionistas con las mayorías previstas por el art. 243 de la ley 19.550, puedan designar a determinados accionistas para que, juntamente con el presidente, la revisen, aprueben, y suscriban.

Conforme lo dispuesto por los arts. 73 y 249 de la ley 19.550, los designados en la asamblea para firmar el acta deben ser accionistas, revistiendo éstos el carácter de mandatarios nombrados por la asamblea, y su función no es otra que la de volcar en el acta la verdad de lo acontecido en ella.

Por obviedad, el acta no debe contener la trascripción textual de todo lo acontecido en el acto asambleario, sino solo resumir las manifestaciones hechas en éste y fundamentalmente las formas de las votaciones y los resultados con la expresión completa de las decisiones. Así lo ha dicho la jurisprudencia, sosteniéndose que el acta de la asamblea es un instrumento privado que debe resumir lo acontecido en la reunión formal de socios, con lo cual, de conformidad con lo expuesto en el art. 249 de la ley 19.550, no se requiere la trascripción de los dichos y deliberaciones exactas en sus términos expresos; por el contrario, la misma norma impone la necesidad de la expresión completa de las decisiones, lo que permite sostener que los diálogos y opiniones que se intercambien durante el acto deben ser resumidos, pero en cambio no se autoriza ese mismo método para indicar el resultado de lo que en cada punto del orden del día se resuelva[357].

El acta tiene valor desde su aprobación, o sea que es un instrumento probatorio que hace fe respecto de los acuerdos y demás menciones que en ella se

contengan, mientras no se pruebe su inexactitud o falsedad; pero los accionistas que la suscriben no podrán, obviamente, impugnar su contenido(358).

La importancia del acta del órgano de gobierno es indiscutible, no solo para la sociedad, a la que le permitirá exhibir su evolución a través de las constancias en el libro respectivo, sino también para los accionistas, presentes como ausentes, pues el acta constituye el único modo con que cuentan estos últimos para enterarse de lo tratado en la asamblea, a los efectos que pudieran corresponder, de conformidad a la naturaleza de la decisión adoptada. Es más, se ha sostenido con sólidos argumentos que la reforma de estatutos puede llevarse a cabo mediante instrumento privado, constituido por una copia del acta de asamblea que aprueba la modificación de los estatutos, lo cual exige obviamente que esa acta sea lo suficientemente completa para plasmarse en el estatuto de la sociedad. La jurisprudencia, en autos "Serviacero Sociedad Anónima s/ reforma", fallo dictado por la sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial, en fecha 13 de febrero de 1980, con voto del magistrado Jaime Anaya, ha señalado precisamente el alcance de las actas de las asambleas, indicando que ellas constituyen el único instrumento previsto por la ley 19.550 para modificar el contrato social, virtualidad que solo puede tener un instrumento de tal naturaleza que se baste a sí mismo, que sea completo, es decir, que contenga las mismas formalidades que el artículo del contrato social que se ha reformado.

En consecuencia, la inexistencia, insuficiencia o falsedad del acta es causal de impugnación del acuerdo asambleario, pero ello no significa, como se vio al comentar el art. 73, que la sociedad pueda ampararse en aquellas irregularidades para evitar las consecuencias desfavorables de una decisión asamblearia, máxime cuando es la sociedad quien se encuentra obligada a su confección. Por ello adherimos a la doctrina que sostiene, fundada en lo dispuesto por los arts. 245 y 251 de la ley 19.550 —que fijan expresos y terminantes plazos para ejercer el derecho de receso o impugnar decisiones asamblearias a contar desde la clausura de la asamblea y no desde la suscripción del acta— que la decisión de la asamblea, aun no formalizada el acta, es válida desde el momento en que se apruebe la cuestión incluida en el orden del día y plenamente oponible entre los socios presentes, en los términos del art. 12 de la ley 19.550, quienes pueden invocarla, utilizando todos los medios de prueba autorizados. Ello no es procedente en relación con los socios ausentes o terceros, a los cuales, para poder oponerles una decisión social, deberá formalizarse un acta en los términos del art. 73, único modo de posibilitar su conocimiento(359).

El art. 73 de la ley 19.550, completando lo dispuesto por el art. 249, prescribe que las actas de la asamblea deben ser confeccionadas y firmadas dentro de los cinco días por el presidente de la asamblea, y los socios designados al efecto. Una vez redactada y suscripta, cualquier accionista tiene derecho a obtener copia de la misma, a su costo.

Un frecuente problema que se presenta en la práctica es la ausencia de libros de actas, por haber sido éstos extraviados, perdidos o robados, o simplemente

por no contar la sociedad con éstos, por ejemplo, cuando ellos han sido remitidos a la justicia, como consecuencia de un conflicto interno entre los socios.

Es claro que la ausencia de los libros no puede frenar el funcionamiento de la sociedad ni puede postergar la consideración de los estados contables, la designación de directores o cualquiera de los otros temas previstos en los arts. 234 y 235 de la ley 19.550, y por ello la Inspección General de Justicia ha reiteradamente decidido que la función que cumple el libro de actas —tanto de asambleas como de directorio, así como el libro de asistencia a asambleas— puede ser perfectamente cumplida mediante la trascripción de dichas actuaciones por vía notarial, habiéndose resuelto en los expedientes administrativos "Auditorio de Buenos Aires Sociedad Anónima"(360)y "Thales Spectrum de Argentina Sociedad Anónima"(361), que el hecho de que las actas hayan sido redactas en forma notarial y no hayan sido transcriptas en los libros societarios, no conduce necesariamente a la nulidad de tales actos societarios, pues el acta de los órganos colegiados solo constituye un medio de prueba de la efectiva celebración de los mismos, pero no el único medio, máxime cuando dichas actas fueron transcriptas en escritura pública, las cuales gozan de la presunción de autenticidad prevista por el art. 296 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La solución adoptada en este tópico por la Inspección General de Justicia no releva a los administradores de la sociedad de transcribir dicha acta ni bien puedan contar con los libros de actas en donde la misma debe obrar, atento la imprescindible función que cumplen los mismos en orden a permitir la reconstrucción histórica del funcionamiento de la sociedad, cuestión que, de suma importancia durante la vigencia de ésta, cobre especial relevancia en caso de concurso o quiebra de la compañía.

Esta solución tiende a desalentar las maniobras de expulsión de los escribanos requeridos por determinados accionistas para constatar lo acontecido en una determinada reunión del órgano de gobierno de la sociedad e idéntica conclusión puede extraerse de los informes internos de los Inspectores de Justicia presentes en ese acto asambleario, que bien pueden reemplazar al acta de la asamblea o de directorio, cuando la sociedad no cuente con los libros respectivos al momento de celebrarse estos actos.

La falsedad, insuficiencia o simplemente, la inexistencia del acta puede provocar la nulidad de la asamblea y de las decisiones adoptadas en ella, aunque el accionista que impugna el contenido de una determinada acta debe probar la falsedad de la misma, a través de cualquier medio de prueba. La jurisprudencia ha rechazado en alguna oportunidad el planteo de nulidad de una asamblea, fundado en que el representante asambleario designado por los dos únicos socios era común a ambos, sosteniéndose en la demanda que de esa manera se violó la decisión asamblearia que preveía la designación de dos accionista para firmar el acta, pues en realidad el aludido representante suscribió la misma por sus dos representados(362).

Art. 250.—

Asambleas especiales. Cuando la asamblea deba adoptar resoluciones que afecten los derechos de una clase de acciones, se requiere el consentimiento o ratificación de esta clase, que se prestará en asamblea especial regida por las normas de la asamblea ordinaria.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 194, 207, 232, 331. LSC Uruguay: arts. 341, 349.

§ 1. Breves consideraciones sobre el sistema de las clases de acciones en la ley 19.550

El art. 207 de la ley 19.550 autoriza a los accionistas a prever, estatutariamente, la existencia de diversas clases de acciones, confiriendo dentro de cada clase los mismos e idénticos derechos.

La previsión de diversas clases de acciones puede responder a satisfacer intereses de índole política o patrimonial dentro de la sociedad. Ejemplo de lo primero lo advertimos en el art. 216, cuando autoriza la emisión de acciones de voto plural —hasta cinco votos por acción— y de lo segundo lo encontramos en lo dispuesto por el art. 217, en cuanto prevé la existencia de acciones preferidas patrimonialmente, que pueden o no carecer del derecho de voto, según se disponga estatutariamente.

La misma ley 19.550 prevé también normas de reglamentación en el ejercicio de los derechos de los titulares de las clases de acciones, en la búsqueda del justo equilibrio en la defensa de los diversos intereses comprometidos, y ejemplos de las mismas los encontramos en lo dispuesto por los arts. 217, 244 último párrafo, y 284 de la ley societaria. Asimismo, ha previsto el legislador normas de protección para los accionistas titulares de clases de acciones, sobresaliendo, en este aspecto, lo dispuesto por el art. 250, que sienta un principio general en defensa de aquellos, cuando textualmente prescribe que cuando la asamblea [se refiere a la asamblea general de accionistas] deba adoptar resoluciones que afecten el derecho de una clase de acciones, se requiere el consentimiento o ratificación de esta clase, que se prestará en asamblea regida por las normas de la asamblea ordinaria.

Finalmente, puede preverse estatutariamente la existencia de diferentes clases de acciones, a los únicos efectos de la designación de determinado número de directores por cada una de ellas. Ello se encuentra previsto por el art. 262 de

la ley 19.550 que ha recogido antiguas resoluciones de la Inspección General de Justicia de fechas 23 de diciembre de 1954 y 30 de abril de 1958, en cuya virtud se admite la inclusión por vía estatutaria de cláusulas por las cuales se reconoce la existencia de clases o grupos de acciones representativas de otras tantas minorías dentro del capital social, estructurándose precisamente el régimen electivo de los mismos en función de la existencia de grupos diferenciados. De tal manera, cada uno de los grupos minoritarios puede elegir representantes en el directorio, hasta completar su total integración.

Ello constituye una forma de protección de las minorías, pues prevista estatutariamente la posibilidad de cada grupo de acciones de elegir un director, no será necesario recurrir al sistema de elección por voto acumulativo regulado por el art. 263 de la ley en análisis. Pero entiéndase bien: la mera existencia de clases de acciones, creadas en las condiciones previstas por los arts. 216 y 217 no habilita la elección de directores en la forma establecida por el art. 262 de la ley 19.550, pues para ello, es necesario que esa facultad sea concedida expresamente en el estatuto.

§ 2. Asambleas especiales

Las asambleas especiales legisladas por el art. 250 de la ley 19.550, a diferencia de las asambleas generales, son aquellas a las cuales solo tienen acceso los poseedores de determinada clase de acciones, a fin de decidir sobre los asuntos que específicamente les conciernen. Su competencia se limita pues a la defensa de los derechos especiales reconocidos en las condiciones de emisión(363).

La importancia de las asambleas especiales se advierte con nitidez si se tiene en cuenta que resultaría injusto reunirlas con los accionistas tenedores de las acciones ordinarias, pues el mayor número de estas podría anular, disminuir o afectar en alguna forma los derechos que privativamente corresponden a los accionistas privilegiados(364).

Su funcionamiento se rige por las normas de la asamblea ordinaria, en cuanto a su convocatoria, quórum, mayorías, etc., pero le son aplicables también las normas sobre actas, cuarto intermedio, orden del día e impugnación de los acuerdos correspondientes.

La competencia de las asambleas especiales está dada, como se advirtió, para la defensa de los derechos que le fueron otorgados a los accionistas titulares de las mismas, pero ello si bien constituye el principio general, no agota sus facultades, pues los arts. 262 y 288 prescriben que, en caso de existir diversas clases de acciones, el estatuto puede autorizar que cada una de ellas corresponde la elección de uno o más directores o síndicos, titulares y suplentes, reglamentando la elección. En el caso de los consejeros de vigilancia, el

legislador ha ido incluso más allá, pues, previéndose estatutariamente la existencia de diversas clases de acciones, aquellos deberán obligatoriamente ser designados por las asambleas especiales, desplazando la norma general del art. 234, inc. 2º, que establece como de competencia de la asamblea ordinaria la elección y remoción de los integrantes del órgano de administración (art. 280).

En tales supuestos, y como lógico corolario, la remoción de los directores así elegidos debe ser decidida por los accionistas integrantes de la misma clase, pues lo contrario importaría que la asamblea general deje sin efecto decisiones cuya competencia es del resorte exclusivo de aquellas, salvo los casos previstos por los arts. 264 y 276.

Para evitar precisamente que acuerdos asamblearios adoptados en asambleas generales afecten los derechos de una clase de acciones, el art. 250 requiere, para la validez de tales resoluciones, el consentimiento o ratificación de los accionistas integrantes de aquellas categorías, consentimiento que se prestará en asamblea especial regida por las normas de las asambleas ordinarias. De lo contrario, tales acuerdos asamblearios podrán ser declarados inválidos, encontrándose legitimado cualquiera de los tenedores de acciones integrantes de la categoría afectada.

§ 3. Las asambleas especiales y la reforma del estatuto

La norma del art. 250 de la ley 19.550 puede llevar a situaciones que dificulten o incluso imposibiliten el funcionamiento de la sociedad, pues la ratificación o consentimiento que esa norma prevé implica que, en algunos casos, deba requerirse la unanimidad para la modificación de los estatutos, lo cual es contrario al sistema mayoritario previsto por el legislador para la adopción de acuerdos sociales.

El problema se presenta cuando los accionistas, por amplio consenso mayoritario, pretenden modificar el estatuto social, eliminando el sistema de clase de acciones, para regirse, en adelante, por el sistema ordinario de mayorías y sin necesidad de asambleas especiales, y con plena igualdad entre todos los accionistas, dejando sin efecto las ventajas políticas o patrimoniales que otorgaban la titularidad de determinada clase de acciones.

Frente al interés de modificar el estatuto social, nos encontramos con la norma del art. 250 de la ley societaria, cuya primera lectura puede llevar al convencimiento de la imposibilidad de llevar adelante esa reforma estatutaria, pues la ratificación o consentimiento a que se refiere, y que debe prestarse por los accionistas titulares de una categoría de acciones, reunidos en asamblea especial, que resulten afectados por cualquier acuerdo asambleario de la asamblea general, hace referencia a una voluntad afirmativa en tal sentido, sin

la cual, aparentemente, no podría adoptarse una decisión asamblearia que modifique sustancialmente el estatuto, dejando sin efecto las categorías de acciones.

Lo expuesto no es supuesto infrecuente, en especial cuando los accionistas han creado diversas clases de acciones a los fines de lo dispuesto por el art. 262 de la ley, permitiendo con ello la confluencia de diferentes intereses dentro del órgano de administración de la sociedad, pues ello puede llevar a un estado de conflicto tal que dificulte la gestión social y perjudique el funcionamiento total del ente.

Por ello corresponde preguntarse si la clara disposición del art. 250 de la ley 19.550, implica poner un escollo a la voluntad mayoritaria de los accionistas que pretenden la reforma del estatuto para lograr la igualdad de derechos entre todos ellos, y superar por ese medio los conflictos que pueden derivarse de la existencia de categoría de acciones. A este interrogante formularemos respuesta en los párrafos posteriores.

1. En primer lugar, no parece muy compatible la aplicación del art. 250 frente a la decisión mayoritaria de reformar el estatuto en forma sustancial, si tales modificaciones afectan la situación de todos los accionistas. Zaldívar ha expresado, con sólidos fundamentos, que la norma citada solo se refiere al caso de afectación, por parte de una asamblea general, de aquellos derechos que han tipificado una determinada clase de acciones, y ello no se presenta cuando la modificación de los estatutos altera la situación de todos los accionistas, sin distinción en forma igualitaria, pues a juicio de este autor, lo que autoriza la aplicación de aquella norma es la modificación de los derechos de una clase de acciones frente al todo[(365)].

2. En segundo lugar, debe advertirse que la posibilidad de dividir el capital social en acciones de diferente clase es posibilidad que solo es concebible para las sociedades por acciones y, en particular, para las sociedades anónimas.

La voluntad de quienes deciden constituir una sociedad de este tipo lleva implícita la de ajustar su conducta a los parámetros que la ley 19.550 impone para el funcionamiento de la misma, y en particular, en cuanto al funcionamiento y formación de la voluntad social. En tal sentido, cobra especial importancia el sometimiento que todos los fundadores y accionistas de la sociedad anónima deben a las normas imperativas que reglamentan el funcionamiento del tipo social elegido por ellos y, en virtud de ello, el accionista debe pleno respeto a la ley y a los estatutos sociales, teniendo en especial consideración que la organización de la sociedad anónima se basa en el gobierno de la mayoría y la posibilidad de modificación de los estatutos sociales por esta mayoría (art. 244, LSC).

De conformidad con lo expuesto, es decir, a los efectos de permitir el funcionamiento armónico de la sociedad anónima, el legislador, a diferencia de otros tipos societarios, como la sociedad de responsabilidad limitada, por ejemplo, ha previsto un régimen de adopción de los acuerdos sociales, cuya mayoría agrava según la trascendencia que tuvieran los mismos, hasta llegar a

los supuestos especiales previstos por el art. 244, último párrafo, LSC, para los cuales prescribe para la resolución de determinados acuerdos que modifican las bases esenciales del estatuto social, una mayoría calificada, que solo puede ser adoptada cuando se obtiene el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de votos.

Para esos supuestos, y por la importancia que la adopción que tales acuerdos supone (transformación, prórroga, reconducción, disolución anticipada de la sociedad, transferencia de domicilio al extranjero, cambio fundamental del objeto, reintegración total o parcial del capital social), la ley requiere un sistema calificado de mayorías, pero no admite su agravamiento por vía estatutaria, a diferencia de lo que ocurre con el régimen de mayorías previsto por los arts. 243 y 244 para las asambleas ordinarias y extraordinarias que no traten esos temas, para los cuales el legislador ha permitido el agravamiento del régimen de las mayorías previstas en tales normas.

Con lo expuesto quiere dejarse en claro que el legislador se ha cuidado muy bien de exigir unanimidad para la adopción de los acuerdos sociales, pues se ha considerado, por la unanimidad de la doctrina, que ello resulta contrario a la naturaleza misma de la sociedad anónima. Así lo sostiene Halperin[366], cuando, al responder a la pregunta ¿cabe que el estatuto social exija unanimidad?, contesta en forma negativa, sosteniendo textualmente que "la ley 19.550 faculta aumentar el quórum y las mayorías requeridas para las asambleas ordinaria y extraordinaria, más no podría exigirse unanimidad, porque la regulación debe inspirarse en los fines perseguidos por la ley, por lo que no se trata de una facultad absoluta; se consagraría el derecho de veto, en pugna con el principio mayoritario, esencial en el régimen legal".

Como bien sostiene Zaldívar, cuando analiza jurídicamente el estatuto de la sociedad anónima, el principio general es el de la libertad de los accionistas para disponer, a través de la asamblea, las modificaciones que estimen precisas. Este criterio surge del art. 235 de la ley 19.550 y reconoce la influencia de concepciones sobre la sociedad anónima, que van más allá de las clásicas ideas contractualistas[367].

Como he ya he expuesto al comentar los arts. 243 y 244, la doctrina, en forma unánime, ha admitido, como principio fundamental para el funcionamiento de las sociedades anónimas, la plena vigencia del principio mayoritario para la adopción de los acuerdos sociales, lo cual descarta la unanimidad, salvo los supuestos de excepción consagrados por la ley 19.550, que en materia de sociedades por acciones, está limitado al único caso previsto por el art. 95, in fine, de la citada ley[368].

Así entendidas las cosas y descartada la unanimidad para la adopción de los acuerdos sociales, debe entonces conciliarse lo expuesto con lo dispuesto por el art. 250, LSC, pues la necesidad de "consentimiento" o "ratificación" por parte de la asamblea especial integrada por los titulares de una diversa clase de acciones, frente a un acuerdo asambleario general que afecte sus derechos, puede llevar en la práctica a la derogación del principio mayoritario de exigir la unanimidad de los accionistas, que nuestro sistema societario no tolera.

El consentimiento o ratificación exigido por el art. 250 de la ley 19.550 parece referido a la necesidad de conformidad expresa de la clase afectada, obtenida en asamblea celebrada contemporánea o posteriormente al acto asambleario general cuya resolución afecta los derechos de esa categoría de acciones. Pero, ¿puede derivarse de la disconformidad de esa clase un argumento negativo para la reforma de los estatutos que se pretende, por voluntad mayoritaria, incluso expresada por otras categorías de acciones?

Ello podría suponer la exigencia de una unanimidad para la adopción de los acuerdos sociales, quedando subordinado de esa manera el interés social, en beneficio del interés individual de un grupo de accionistas, al serles impedido a los accionistas, por voluntad mayoritaria, adoptar un acuerdo que la ley permite (arts. 235, 243 y concs., LSC).

Es evidente que si la ley 19.550 permite a los accionistas transformar la sociedad anónima en otra de cualquier otro tipo, modificando totalmente los derechos y responsabilidades de los socios, perdiendo los beneficios que ese tipo social ofrece, entre los cuales se encuentra la división del capital en acciones, no se encuentran razones que expliquen que la negativa de una clase de acciones, integrada por una minoría de accionistas, pueda enervar el principio general e inherente a las sociedades por acciones, conforme al cual los acuerdos sociales de sus órganos deben adaptarse al principio mayoritario.

La falta de consentimiento de tales accionistas no puede tener esa virtualidad, e interpretada armónicamente la norma del art. 250 de la ley 19.550, con los principios generales de funcionamiento de las sociedades anónimas, en especial, lo dispuesto por el art. 233, último párrafo, LSC, debe llegarse a la conclusión de que esa disconformidad solo implica la no obligatoriedad del acuerdo general para los accionistas integrantes de esa clase, quienes no pueden impedir la adopción del mismo, pero conservan en su favor el derecho de receso, en los términos del art. 245 de la ley en análisis.

Puede sostenerse, en contra de la viabilidad del derecho de receso, frente a tal supuesto, que el art. 245 no prevé esa hipótesis, interpretando taxativamente las causales de separación previstas en esa norma.

Sin embargo, y a poco que se repare en la lectura de esa norma, puede observarse que el legislador no ha otorgado el carácter taxativo al listado de hipótesis previsto en aquella norma, y frente al silencio del legislador, no cabe sino recurrir a lo dispuesto por el art. 89, LSC, que, legislando en términos generales el instituto de la resolución parcial del contrato de sociedad —del cual el derecho de receso es un típico ejemplo— dispone que los socios pueden prever en el contrato constitutivo causales de resolución parcial y de disolución no previstas en la ley.

La doctrina ha adherido sin reservas a la posibilidad de que el estatuto pueda conceder el derecho de receso para ciertas causales que no se encuentran enumeradas en el art. 245, LSC, fundándose precisamente en lo dispuesto por el art. 89 de este ordenamiento legal[(369)]de lo cual cabe concluir que si no existen inconvenientes para ampliar estatutariamente las causales de receso, tampoco

lo habría cuando lo otorgue expresamente una asamblea extraordinaria que modifique el estatuto o cuando dicha modificación —aun sin reconocimiento expreso de la asamblea que lo resuelva— afecte las bases fundamentales del contrato social o la situación del accionista en la misma.

Ejemplo de lo expuesto lo encontramos en lo dispuesto por el art. 197, LSC, cuando admite que una asamblea extraordinaria pueda dejar sin efecto el derecho de preferencia, lo cual afecta fundamentalmente las participaciones accionarias de los accionistas, cuya situación debe asimilarse a la de los accionistas que no votan favorablemente un aumento del capital social, y a los cuales el legislador, en forma expresa, les ha otorgado el derecho de receso (art. 245, LSC), por ver disminuida su participación accionaria.

La misma situación se presenta en el caso que se analiza: los accionistas integrantes de la clase de acciones supuestamente afectados por una resolución asamblearia de carácter general pueden oponerse a la misma, pero no impedir la adopción de ese acuerdo. El derecho de receso aparece pues como la solución adecuada para la conciliación de todos los intereses en juego, pues, afectada la situación particular del accionista, puede este invocar la alteración de las condiciones en las cuales ingresó a la sociedad y echar mano al remedio excepcional previsto por el art. 245, que está pensado precisamente para proteger al accionista frente a modificaciones fundamentales del estatuto de la sociedad que alteren las condiciones en las cuales aquel ingresó a la misma.

Ello siempre y cuando: 1) Los accionistas integrantes de la clase de acciones que se considere afectada por la decisión de la asamblea general deben constituir una minoría, esto es, no prevalecer con sus votos en el acuerdo general que resuelva modificar el estatuto y 2) Que la resolución de la asamblea general se inspire en intereses legítimos y societarios, y no sea un mero instrumento para afectar exclusivamente los derechos de los integrantes de esa clase de acciones, sin beneficio para el interés social.

Art. 251.—

Impugnación de la decisión asamblearia. Titulares. 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 control.

Promoción de la acción. La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el juez de su domicilio, dentro de los 3 meses de clausurada la asamblea. [Texto según ley 22.903]

Art. 252. —

El Juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 15, 233 a 237, 241, 243, 244, 246, 252 a 254, 303 inc. 2º, 369 inc. c). LSC Uruguay: arts. 365 a 367, 370, 371.

§ 1. El carácter obligatorio de las resoluciones de las asambleas de accionistas

Ya señalamos que según lo dispuesto por el art. 233 de la ley 19.550, en su tercer párrafo, las resoluciones de las asambleas de accionistas, adoptadas de conformidad con la ley y el estatuto, son obligatorias para todos los accionistas, salvo lo dispuesto en el art. 245, y deben ser cumplidas por el directorio.

El carácter obligatorio y vinculante de los acuerdos asamblearios es consecuencia directa del principio mayoritario, al cual quedan sometidos los accionistas presentes y ausentes, cualquiera que haya sido el sentido del voto de estos últimos; por lo que, salvo para los accionistas que hayan hecho uso del derecho de receso previsto por el art. 245 de la ley 19.550 —que el legislador consagra con carácter excepcional, cuando se resuelve por asamblea uno de aquellos supuestos previstos por el art. 244 in fine, que implican modificar trascendentemente el contrato originario—, el principio general previsto por el art. 233 es común para todas las asambleas ordinarias y extraordinarias, y para todas las resoluciones que en ellas se tomen, sean de las que se pueda adoptar por simple mayoría, o con el requisito del quórum o mayorías especiales previsto por la ley o por los estatutos.

Precisamente, y como bien lo afirma Rivarola[370], sobre el principio del carácter obligatorio de la asamblea giran debatidas cuestiones relativas a los derechos de los accionistas y al poder soberano atribuido a las asambleas, pues para que la decisión asamblearia tenga la trascendencia y los efectos que la ley le

atribuye, es necesario y fundamental que se la haya adoptado cumpliéndose con las formas y requisitos previstos por la ley y el estatuto.

Con otras palabras: para que las resoluciones adoptadas por la asamblea de accionistas tengan fuerza obligatoria, es preciso que se reúna y funcione respetando las disposiciones legales y estatutarias aplicables a esos actos, y que sus resoluciones no sean violatorias de la ley o el estatuto. De lo contrario, ellas son inválidas y no obligan a nadie, pudiendo ser impugnadas de conformidad con lo dispuesto por los arts. 251 y ss. de la ley 19.550.

El art. 251 de la ley 19.550 constituye la norma rectora en materia de impugnación de acuerdos asamblearios, cuyo contenido, así como el de las siguientes disposiciones —arts. 252 a 254—, disciplinan el ejercicio de la acción judicial correspondiente, mediante normas que contienen previsiones sobre medidas cautelares, sustanciación de la causa y acumulación de acciones, representación de la sociedad para el caso de que sus directores la hayan promovido, responsabilidad de los accionistas que votaron favorablemente y finalmente, posibilidad de revocar, por asamblea posterior, el acuerdo impugnado.

Las normas de la ley 19.550 han mejorado sensiblemente el régimen que sobre impugnación de asambleas contenían los arts. 317 y 353 del Código de Comercio, el cual, según palabras de los autores de aquella ley, en la Exposición de Motivos, se había mostrado ineficaz por insuficiente[371]. Sin embargo, cabe destacar que las soluciones previstas por los arts. 251 a 254 de la ley de sociedades han sido fruto del aporte jurisprudencial y doctrinal elaborado en torno del derogado régimen del Código de Comercio, y valgan estas líneas como homenaje a aquellos autores que como Siburu, Malagarriga, Obarrio, Segovia, Castillo, Garo, Rivarola y Halperin, entre otros, permitieron con sus profundos estudios y conclusiones que nuestra ley 19.550 contenga, en esta materia, disposiciones que han sido objeto de especial ponderación en el derecho comparado.

§ 2. Naturaleza jurídica de la acción de impugnación de acuerdos asamblearios

El análisis de las disposiciones previstas por los arts. 251 a 254 de la ley 19.550 impone, en primer lugar, determinar la naturaleza jurídica de la acción de impugnación de acuerdos asamblearios, cuestión que ha sido objeto de discrepancia en la doctrina y jurisprudencia, en la medida en que ella es iniciada por accionistas afectados por decisiones mayoritarias y que la demanda debe ser promovida contra la misma sociedad.

El tema ha sido de interesante debate en la jurisprudencia, cobrando singular relevancia el fallo de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, de fecha 8 de mayo de 1992, en el caso "Tacchi Carlos c/ Peters Hnos. Sociedad Anónima s/ sumario", en el cual, con el meduloso voto del magistrado Felipe Cuartero, se sentaron las siguientes conclusiones:

a) La tesis que predica que la acción prevista por el art. 251 de la ley 19.550 es una acción social, en defensa del interés social, parece un tanto excesiva, desde que ignora el interés propio y personal del accionista. Por ello, considerar a éste como el "órgano de defensa social", si bien puede ser cierto, solo es parcialmente cierto, pues el accionista es también defensor de sus propios y personales intereses, particularmente a los intereses que tiene en la sociedad.

b) La acción del art. 251 de la ley 19.550 aparece constituida por el interés del órgano de defensa social y el interés propio y personal del accionista impugnante, y desde tal punto de vista, la acción en análisis sería mixta, en el sentido de comprender esas dos especies de intereses, sin que resulte menester determinar cuál de ellos son más relevantes ni cuál es el principal o el secundario, siendo solo suficiente que ambos se encuentren presentes, de modo que no sería viable la acción ejercida en el solo beneficio del interés particular del socio.

c) En definitiva, la acción prevista por el art. 251 de la ley 19.550 es una acción de naturaleza "social-particular", en el sentido de que por ella se intenta la protección tanto de intereses sociales como particulares del socio, en tanto que socio. Constituye, se reitera, una acción mixta, en la que necesariamente confluyen ambas especies de interés, lo cual excluye del art. 251 de la ley 19.550 a la acción deducida en el exclusivo interés propio y particular del sujeto impugnante.

Con diversa orientación, un posterior fallo de la sala B del mismo tribunal, en el caso "Arce Hugo c/ Los Lagartos Country Club Sociedad Anónima s/ nulidad de asamblea", del 4 de mayo de 1995, sostuvo que se trata, la acción de impugnación de decisiones asamblearias, de una acción social uti singuli, con lo cual, las alegaciones atinentes al interés particular de los socios solo deben ser atendidas si las decisiones asamblearias atacadas de nulidad comprendiesen el plano de la legalidad sustancial estatutaria o reglamentaria.

A mi juicio, la orientación de este último fallo es el que se ajusta a derecho, y no caben dudas de que la acción prevista por los arts. 251 y ss. de la ley 19.550 debe ser considerada como una acción social, y no una acción individual, pues dicha acción es concedida al accionista como integrante de la sociedad, con lo cual, siguiendo palabras de Siburu[(372)]"...la ley no entiende favorecer directa o indirectamente el interés individual del socio, sino el de la sociedad, en la medida en que éste obra como órgano de defensa social, en salvaguardia de las bases fundamentales de la sociedad, que son el estatuto y la propia ley ".

La doctrina sentada en el caso "Tacchi c/ Peters SA" no convence, sencillamente porque ignora que las acciones de naturaleza social, como la acción de remoción

o de responsabilidad de los directores, o la demanda de impugnación de acuerdos asamblearios o directoriales, pueden ser promovidas por un socio, en defensa de los intereses de la sociedad, cuando a quienes corresponde legalmente hacerlo no actúan conforme a la ley, sea por desinterés o complicidad con los autores del acto ilícito. De manera tal que —y el art. 277 de la ley 19.550 la consagra legalmente— toda acción social puede ser promovida por el órgano correspondiente o en subsidio, por cualquier integrante del ente —hipótesis ésta que no le hace perder su propia naturaleza "social"— en cuyo caso se la denomina "acción social uti singuli", esto es: acción social promovida por cualquier socio o accionista en protección de los intereses de la sociedad y no sus intereses particulares.

El análisis de la cuestión nos lleva nuevamente al problema del interés social, al cual hemos hecho referencia en el capítulo precedente, recordando que todo acuerdo asambleario, cualquiera que sea su objeto, debe estar inspirado en ese interés que lleva implícito el pleno respeto del sistema societario. El principio rector de las mayorías, como medio de obtener la decisión social, sólo hace presumir la existencia del interés social; pero ello de ninguna manera puede afirmarse en términos absolutos, pues el accionista, individualmente considerado, puede impedir, mediante las acciones impugnatorias, que esas mayorías utilicen abusivamente su poder en daño a la propia sociedad, por lo cual, en definitiva, la tutela de la minoría no es más que la tutela de la propia sociedad mediante la acción del accionista aislado"[373].

Así fue correctamente resuelto en el caso "Errecart Susana Luisa c/ La Gran Largada Sociedad Anónima s/ ordinario"[374], dictado por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, del 5 de febrero de 2005, donde se sostuvo que el magistrado no puede ni debe marginarse de la verificación de que las decisiones asamblearias adoptadas no responden al interés social cuando la minoría lo requiere, porque el conflicto de intereses no se juega entre mayoría y minoría sino entre mayoría e interés social.

Pero para así concluir, debe tenerse en cuenta que la naturaleza social de la acción impugnatoria requiere necesariamente que el derecho afectado por un acuerdo mayoritario esté comprendido entre aquellos que resultan inherentes al carácter de accionista, de tal manera que el resultado de esa acción, si bien redundará en su beneficio, ello es, en definitiva, secundario, pues el objeto de la demanda prevista por el art. 251 de la ley 19.550 consiste en colocar el funcionamiento de la sociedad en la vía de la ley y del estatuto, sacada de ella por los intereses efímeros de una mayoría preponderante[375]. Por ello, la acción impugnatoria no procede cuando esté exclusivamente enderezada a tutelar intereses particulares, como, por ejemplo, cuando un director protesta contra el acuerdo asambleario que le ha fijado honorarios que el impugnante considera reducidos[376]o en la falta de fondos de un accionista para suscribir las acciones correspondientes a un aumento de capital, salvo, claro está, que el accionista demuestre que esa decisión fue adoptada exclusivamente en su perjuicio, acreditando que el aumento de capital resuelto no resulta necesario para el funcionamiento de la sociedad, sino que constituye una maniobra tendiente a reducir su participación social, con virtualidad suficiente para obtener su declaración de nulidad, en la medida en que el abuso de mayorías que esa

decisión comprende no es otra cosa que un claro ejemplo de la desviación de la causa del acto colegial, que requiere en todos los casos la satisfacción del interés del sujeto o la comunidad a la cual corresponde el respectivo colegio, por ser ésta la función del instituto(377).

En resumen, la acción de impugnación de las decisiones asamblearias promovidas por el socio en los términos del art. 251 de la ley 19.550, debe ser considerada como una acción social, en el sentido de que, tutelando su interés personal a los efectos del funcionamiento de la sociedad en el cual está interesado, ejerce un poder de vigilancia que resulta, en definitiva, en beneficio de la persona jurídica(378).

La circunstancia de que la ley 19.550, en su art. 251, haya vedado promover la demanda nulificante al accionista que ha votado en favor de la resolución impugnada —salvo el supuesto de excepción allí previsto—, no es argumento decisivo para sostener que el legislador haya adoptado la posición contraria, pues esa prohibición se funda en el hecho de que aquél debe soportar la preclusión que ha importado la emisión de su voto(379), lo cual le impide volver sobre decisiones anteriores, con lo cual la solución prevista por el art. 251 en lo que se refiere a la falta de legitimación del socio que ha votado favorablemente una decisión asamblearia, para impugnarla posteriormente, reposa en la doctrina de los propios actos, que tanta recepción —y en todos los ámbitos— ha tenido en la jurisprudencia patria.

§ 3. Sistematización de las causas de impugnación. El problema de las resoluciones nulas, anulables e inexistentes. La aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de nulidad de acuerdos asamblearios

Éste es quizá uno de los problemas más complejos que presenta el tema, pues la aplicación de las disposiciones que preveía el Código Civil hasta su derogación en el año 2015 y hoy están insertas en el Código Civil y Comercial de la Nación, en materia de nulidades al derecho societario, en general, y a la impugnación de acuerdos asamblearios, no es tarea sencilla, porque la ley 19.550 ha pecado por omisión en cuanto a una más minuciosa reglamentación del régimen nulificatorio de los actos societarios. Cabe sostener que en ausencia de soluciones específicas, en especial en cuanto a los efectos de la nulidad del acuerdo asambleario, se debe recurrir al ordenamiento civil y comercial, de conformidad con lo dispuesto por el art. 150 del Código Civil y Comercial de la Nación, de acuerdo al orden de prelación allí previsto.

Sin embargo, como lo manifestamos en vigencia del Código Civil, una breve lectura de los arts. 1037 a 1065 del Código Civil demostraba la improcedencia de la aplicación in totum de esas disposiciones al tema que nos ocupa, sobre todo por la naturaleza del contrato de sociedad, considerado por el propio

legislador como un contrato plurilateral de organización, que no se agota con el cumplimiento de las prestaciones por parte de los socios, sino que supone una actividad permanente dentro del tráfico mercantil, lo cual descarta muchas de las previsiones establecidas por el Código Civil en materia de nulidad, antes de la sanción del Código Civil y Comercial —y hoy lo hace el art. 390 del Código Civil y Comercial de la Nación—, pensadas casi exclusivamente para los actos jurídicos bilaterales, y cuya consecuencia no es otra que la vuelta de las cosas a su estado originario, como si el acto viciado nunca hubiera sido celebrado. Ello, como fácil es imaginar, no es compatible con el derecho de las sociedades, pues la aplicación del derogado art. 1050 del Código Civil y el vigente art. 390 del código unificado, afectaría legítimos intereses de los terceros que han contratado con la sociedad, para quienes las deficiencias que han afectado a la constitución de la sociedad o el regular funcionamiento de sus órganos son cuestiones que les resultan extrañas. Es, pues, impensable considerar, al menos como principio general, que el acuerdo social que ha sido ejecutado o ha tenido principio de ejecución, debe ser tenido, frente a una decisión judicial invalidatoria, como si él nunca hubiera sido celebrado, pues ello no sería otra cosa que una ficción jurídica incompatible con la verdad de lo acontecido y fuente de injusticias y perjuicios para terceros de buena fe.

Todas estas manifestaciones tienen plena vigencia hoy en día, con las soluciones que, en materia de ineficacia de los actos jurídicos incorpora el Código Civil y Comercial de la Nación, pues la retroactividad de los efectos de la declaración judicial de nulidad prevista por el derogado art. 1050 del Código Civil, está reproducida por el art. 390 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Basta imaginar, a título de ejemplo, los perjuicios que ocasionaría al tráfico mercantil y la inseguridad que implicaría la aplicación del art. 1050 del Código Civil (hoy art. 390 del CCyCN), frente al supuesto de declararse la nulidad de la designación de un determinado directorio, pues debería de ello derivarse la nulidad de toda contratación efectuada por ese órgano de administración con posterioridad a su viciosa designación, lo cual es, sencillamente, impensable. El derecho societario requiere, en materia de nulidades, soluciones específicas, que nuestra jurisprudencia ha consagrado desde antiguo, admitiendo como válidas las contrataciones efectuadas por los denominados "directores de hecho"[380], y para comprender los fundamentos de ese criterio es obligatoria la lectura de los fallos de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, recaídos en los autos "Frigoríficos Setti SA s/ quiebra"[381]y en el caso "Kohan c/ Inastillex SA", de fecha 22 de abril de 1966, en las cuales se declaró inoponibles a los terceros los conflictos internos que se producen entre sus órganos o en el interior de ellos, porque para aquellos son válidas las actuaciones de quien o quienes se hallan en el desempeño de sus funciones por así exigirlo la buena fe y la seguridad de los negocios[382].

Cabe sostener, en definitiva, que en materia societaria la nulidad declarada no importa la retroacción de los efectos cumplidos, sino que rige ex tunc[383]y ello se encuentra plasmado en el art. 252 de la ley 19.550, cuando, refiriéndose a los requisitos de procedencia para el dictado favorable de la suspensión provisoria de la ejecución de acuerdos sociales atacados de nulidad, establece la inexistencia de perjuicios para terceros. Francisco Garo lo explica con gran

claridad cuando sostiene que las nulidades en materia societaria deben ser aplicadas con criterio restrictivo, reduciéndolas al mínimo en la posibilidad de que los actos impugnados hayan entrado en vía de ejecución, pues si se los anula se podría herir gravemente no sólo el interés de la sociedad, sino el de los terceros(384).

Lo expuesto no debe llevar, sin embargo, a conclusiones exageradas, pues en definitiva lo que es inaplicable al derecho societario son los efectos que el Código Civil prevé para la sanción de nulidad en el art. 390 del Código Civil y Comercial de la Nación, lo cual no descarta la aplicación de los principios generales previstos por este ordenamiento, en lo que resulte compatible con la naturaleza jurídica del contrato de sociedad, y en especial en lo que se refiere a la clasificación de las nulidades y a la confirmación de los actos societarios nulos —obviamente, que pueden ser objeto de confirmación— (arts. 1059 a 1065 del Código Civil y arts. 393 y 394 CCyCN), que en materia societaria requieren constante aplicación, en especial en aquellos casos de demandarse la nulidad del acto asambleario por vicios de convocatoria, que quedan purgados si concurren sin observaciones todos los legitimados para hacerlo, lo cual constituye un supuesto de confirmación tácita a que se refiere el art. 394 segundo párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación.

Aclarado ello, hechas las precisiones necesarias sobre la aplicabilidad del Código Civil y Comercial de la Nación en esta materia y entrando derechamente en el tema de las nulidades de los acuerdos asamblearios, debe partirse de la idea de que las asambleas son válidas cuando se han convocado y reunido conforme a la ley, y sus decisiones son adoptadas conforme a la ley o al estatuto y con pleno respeto del interés social; pero la sanción contra las deficiencias que adoptase una asamblea irregular o deficientemente constituida no son de igual rigor o gravedad, pues para fijar el alcance y funcionamiento de la nulidad es necesario considerar el interés protegido por ella, y juzgar en principio válida la decisión cuando esos intereses han estado íntegra y positivamente tutelados(385).

Concretamente, deberíamos introducirnos en clasificaciones para determinar cuándo un acto asambleario adolece de vicios de nulidad —absoluta o relativa o incluso de inexistencia— si se acepta esa categoría de ineficacia aceptada por alguna jurisprudencia, pero que por nuestra parte no compartimos, tarea que han efectuado distinguidos juristas, tanto nacionales como extranjeros(386), pero que no formularemos por considerar que ella siempre será incompleta y que por tal razón carecerá de virtualidad práctica. Compartimos las afirmaciones de Garrigues(387)y de Vásquez del Mercado(388), para quienes cualquier intento de hacer un listado de los acuerdos ineficaces y nulos implica descender a una casuística interminable que siempre pecaría por omisión y por ello creemos que al respecto basta recurrir a los principios generales previstos por el ordenamiento civil y comercial, en cuanto a los criterios distintivos entre uno y otro supuesto de invalidez, recordando siempre las particularidades que ofrece el acto asambleario como declaración de voluntad de carácter colegiado.

La distinción entre actos de nulidad absoluta y relativa, reviste gran importancia en materia de derecho societario, y sus consecuencias son mucho más trascendentes que aquellas que se derivaban de la hoy derogada clasificación

entre actos nulos y anulables, que preveía el derogado Código Civil y que había perdido toda actualidad y se encontraban muy relativizadas en materia societaria. La distinción entre nulidad absoluta y relativa radica no sólo en la amplia posibilidad para la declaración de la primera (art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación), que admite su declaración de oficio por el juez cuando ella aparece manifiesta en el acto, así como su petición por el ministerio fiscal o por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho), sino también, y esencialmente, en la inconfirmabilidad de los actos viciados de nulidad absoluta, lo cual supone, como obvia consecuencia, la imprescriptibilidad de las acciones judiciales tendientes a declararla (art. 387 in fine CCyCN).

En cuanto a la inexistencia de los actos asamblearios, considero que, por razones históricas y jurídicas, dicha categoría de ineficacia no tiene cabida en nuestro ordenamiento, pues la ausencia de los requisitos esenciales del acto —presupuesto determinante de la inexistencia— motiva la sanción de nulidad absoluta, a tenor de lo dispuesto por el art. 386 del Código Civil y Comercial de la Nación, al prescribir que son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres, a diferencia de la nulidad relativa, que afecta a los actos a los cuales la ley impone dicha sanción, solo en protección del interés de ciertas personas.

Bueno es recordar que nuestros tribunales no coinciden en aceptar sin más la categoría de actos inexistentes en nuestro derecho societario[389], pero cuando lo han hecho, los ejemplos que brinda la doctrina y la jurisprudencia sobre supuestos configurativos de actos de tal naturaleza en materia de asambleas: falta efectiva de reunión, omisión de formas esenciales para su convocación[390], carencia de elementos esenciales en los sujetos intervinientes[391]o en la forma en que se debió celebrarlos, participación de terceros en el acto asambleario o deficiencias del acta[392]etc.[393], y que ha recibido en algunos casos apoyo jurisprudencial[394], no parecen justificar la admisión de una nueva categoría de ineficacia en nuestro derecho, pues basta recordar que cuando la ley exige una determinada forma a un acto jurídico y ella no se lleva a cabo, la sanción no es otra que la nulidad absoluta del mismo (art. 285 del Código Civil y Comercial), declaración que afecta a los actos asamblearios que carecen de los requisitos de forma y fondo previstos por los arts. 233 a 254 de la ley 19.550, con lo cual se llega a las mismas e idénticas consecuencias que predica la teoría del acto inexistente[395].

§ 4. Exclusión de las nulidades absolutas del procedimiento de impugnación de asambleas previsto por los arts. 251 y ss. de la ley 19.550

Ya hemos dicho que la clasificación entre actos nulos de nulidad absoluta o relativa es fecunda en consecuencias prácticas, a punto tal que teniendo en

consideración las características que presenta la nulidad absoluta, difícilmente pueda ser encuadrada en la acción impugnatoria prevista por los arts. 251 y ss. de la ley 19.550, que prevé un procedimiento que limita los sujetos legitimados para protestar contra los acuerdos asamblearios inválidos y fija un brevísimo plazo para iniciar las acciones judiciales correspondientes.

Pero el tema no es tan simple, pues la doctrina y jurisprudencia se encuentran divididos en lo que respecta a la exclusión de las nulidades absolutas de la acción impugnatoria prevista por el art. 251 de la ley 19.550, polémica que se agudiza por cuanto la ley 19.550 no distingue, como lo hace la legislación española de sociedades comerciales, entre el ejercicio de la acción especial de impugnación (por la vía procesal específicamente determinada en la ley societaria) y el ejercicio de la acción ordinaria de nulidad, que se ventila según el trámite del juicio declarativo ordinario.

El quid de la cuestión reside, pues, en determinar si el art. 251 de la ley 19.550 comprende, en su seno, todos los supuestos de nulidad que puedan afectar a una decisión asamblearia, o solamente aquellos acuerdos que han afectado intereses particulares que impliquen su nulidad relativa.

Sabemos que la nulidad es absoluta cuando se funda en razones de seguridad, moralidad o interés general, es decir, cuando el acto jurídico atacado es contrario a una disposición de orden público que el legislador ha impuesto con carácter de imperativo. Al contrario, la nulidad relativa está instituida en interés de alguna de las personas vinculadas al acto, y, en este caso, las leyes que la instituyen tienen carácter supletorio.

Las consecuencias que derivan del carácter absoluto o relativo de la nulidad son terminantes, pues mientras la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto, y puede ser alegada por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho (art. 387 del CCyCN), la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez, sino a pedimento de parte, ni se puede pedir su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley, y puede ser sólo alegada por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes (art. 388 del Código Civil y Comercial de la Nación). Asimismo, el acto de nulidad absoluta no es confirmable, pues siendo imperativa la, ley que instituye la nulidad absoluta, la voluntad de las partes no es eficaz para sanearla[396], lo cual lleva también a concluir por el carácter imprescriptible de la acción correspondiente. Al contrario, la nulidad relativa es confirmable, a tenor de lo dispuesto por el art. 1060 del Código Civil, lo cual supone la prescriptibilidad de las acciones tendientes a obtener su invalidez.

Precisamente, por las consecuencias que derivan de la declaración de nulidad absoluta en nuestro derecho, es que una parte importante de nuestra doctrina ha sostenido que las nulidades absolutas están incluidas en el art. 251 de la ley 19.550, haciendo aplicable esta disposición legal a toda causal de impugnación, cualquiera que sea la naturaleza o magnitud del vicio que afecta la decisión de la asamblea de accionistas. Esta corriente de opinión la sustentan especialmente autores de la talla de Horacio Fargosi[397], Ariel Ángel Dasso[398]y Jorge Nicanor

Williams[399]. Este último, como integrante de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en la causa "Sichel, Gerardo c/ Boris Garfunkel e Hijos", del 13 de agosto de 1985, sostuvo dicha posición, con adhesión de los restantes integrantes del tribunal, quienes apoyaron allí la interpretación extensiva del texto del art. 251 de la ley 19.550, en el sentido de que quedan sujetas al plazo allí fijado las acciones de nulidad relativa como las acciones de nulidad absoluta, lo cual responde al propósito de no dejar supeditados los actos decididos por la asamblea a la eventual contingencia de la promoción de las acciones de nulidad absoluta, que afectaría la continuación o subsistencia de la sociedad atento al carácter de imprescriptible de estas acciones y sus efectos retroactivos.

En sentido contrario, es decir, que no rige el plazo del art. 251 de la ley 19.550 en caso de nulidades absolutas, se pronuncia la mayor parte de nuestra doctrina y de la jurisprudencia, debiéndose citar las opiniones de Halperin, Otaegui, Verón y Zunino, Zaldívar, Manóvil, Ragazzi y Rovira, Bendersky[400], entre otros. En cuanto a la jurisprudencia, se orientan en este sentido la casi totalidad de los fallos de la Cámara Comercial de la Capital Federal[401], aunque es bueno aclarar que si bien y salvo algún caso aislado —como el que se mencionó en el párrafo anterior— el criterio generalizado se centra en la exclusión de las nulidades absolutas del ámbito de aplicación del art. 251 de la ley 19.550, la discrepancia entre las distintas Salas de ese tribunal se centra en la amplitud o estrictez con que deben apreciarse las nulidades absolutas dentro del ordenamiento societario, a punto tal que no son aislados los casos donde se resolvió que, en materia societaria, existe la necesidad de limitar al mínimo lógicamente posible la categoría de las nulidades absolutas frente a las relativas[402], lo cual, como veremos, constituye un inadmisible ejemplo de dogmatismo que no se compadece con la labor de los jueces, que deben resolver conforme las circunstancias concretas de cada caso y no predicando recomendaciones generales, vedadas por el título preliminar del hoy derogado Código de Comercio, conclusiones que, como muchas otras, son elaboradas desde el despacho de los magistrados y no desde la observación de las concretas particularidades del procedimiento societario.

Por mi parte, estoy convencido de que las nulidades absolutas están excluidas del ámbito del art. 251 de la ley 19.550 y que tampoco existe disposición concreta en nuestro ordenamiento legal que sostenga la necesidad de limitar al mínimo ninguna categoría de actos ineficaces.

Lo que sucede es que la temática de las acciones sociales, dentro de las cuales se enrola la acción de impugnación de actos y decisiones asamblearias, ofrece un vasto campo de batalla entre quienes se orientan, ante el conflicto societario, por la desmedida protección de la sociedad, a la cual pretenden mantener como inexpugnable ante los reclamos de los socios o accionistas, individualmente considerados, y aquellos que, considerando a la sociedad como un mero instrumento de concentración de capitales para la realización de emprendimientos mercantiles, centran su atención sobre el elemento humano que integra la misma, priorizando el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos sociales, sobre la necesidad de proteger al sujeto de derecho de segundo grado.

Precisamente, para quienes se enrolan en la doctrina que magnifica la importancia de la sociedad y frente a la cual deben sacrificarse todos los intereses individuales, permitiendo incluso los abusos del grupo o sujeto dominante, todas las previsiones o interpretaciones legales que tiendan a restringir o menoscabar los derechos de los socios o accionistas ajenos al grupo de control siempre son insuficientes, generando esta corriente de opinión aquellas tesis que aplauden la permanente reducción de los plazos para la promoción de las acciones sociales; las iniciativas que pretenden que el ejercicio de los derechos sociales esté subordinado a la titularidad de un importante porcentaje accionario; las que consideran que todos los plazos para ejercer derechos sociales son de caducidad y no de prescripción; las que predican la inexistencia de orden público en la legislación societaria, las que subordinan la declaración de nulidad de un acto societario a la existencia de daños y perjuicios y, entre muchas otras, las que elaboran diferencias artificiales donde no existen, como por ejemplo la absurda distinción entre orden público y normas imperativas, amén de aplaudir el criterio restrictivo en la apreciación de medidas cautelares societarias o finalmente —y sin pretender agotar el enorme arsenal exhibido por los cultores de esta defensa a ultranza del empresario individual o colectivo— pergeñar desde el despacho dogmas que están ausentes de la ley como por ejemplo, la inimpugnabilidad del aumento del capital social o la improcedencia de la suspensión provisoria de la decisión asamblearia aprobatoria de los estados contables, entre otros tantos preconceptos a los cuales la jurisprudencia de nuestros tribunales comerciales nos tiene tan acostumbrados y que procedimos y procederemos a rebatir, a lo largo de esta obra.

Huelga aclarar que siempre me he enrolado en la defensa del ejercicio irrestricto del los derechos sociales, porque no existe otra opción, a mi juicio, al momento de optar entre una persona de existencia ideal o el ser humano que forma parte de ella.

Concretamente y dentro de la temática que estamos abordando, la primera cuestión que debe ser dilucidada a los fines de obtener una respuesta a la cuestión planteada es determinar, en primer lugar, si existen en nuestra legislación societaria disposiciones de orden público, cuya violación dé origen a nulidades absolutas, o si, por el contrario, la ley 19.550 sólo prevé la existencia de normas de interés particular o privado de socios o accionistas, que provocan, en caso de infracción, una nulidad relativa(403).

A los efectos de responder este interrogante, deben efectuarse distinciones previas, pues resulta imposible establecer criterios absolutos debido a los diferentes intereses que contempla la ley 19.550, y nada mejor que efectuar, para introducirnos en el tema, un panorama de lo expuesto por la doctrina y lo resuelto por la jurisprudencia nacional.

Halperin señala que las nulidades en materia societaria son absolutas cuando afectan normas de orden público o derechos inderogables de los accionistas, ejemplificando entre ellas las normas relativas a la tipificación de la sociedad, decisiones ilícitas, etc. En el mismo sentido, Zaldívar(404), sostiene que en caso

de violación de una norma legal de orden público la nulidad es absoluta, y relativa en caso contrario.

Puede afirmarse, al menos como principio general, que la ley 19.550 no es un ordenamiento de orden público, debido esencialmente al carácter contractual que el legislador ha otorgado a la sociedad comercial[405], y por ello, las instituciones allí previstas son —también por vía de principio— de libre disposición para los socios o accionistas.

Sin embargo, el legislador societario, cuidadoso de los derechos esenciales de todos los socios y contemplando muchas veces el interés general, ha previsto, en una serie de normas, ciertas disposiciones que no pueden ser derogadas por una regla individual, limitando la autonomía de la voluntad en algunos supuestos determinados. Así, por ejemplo, no se puede dudar que el requisito de la tipicidad adquiere el carácter de orden público, pues como lo han señalado los autores de la ley en la Exposición de Motivos, la adopción de los tipos legislativamente establecidos ad solemnitatem y la sanción de nulidad para las sociedades formadas en apartamiento a ellos (art. 17), responden al convencimiento de que serios trastornos sufriría la seguridad jurídica en caso de ser admitido un sistema opuesto. Del mismo modo, tampoco se podría dudar que se incluyen dentro de las normas de orden público, las cláusulas leoninas previstas por el art. 13 de la ley 19.550 y todas las disposiciones referidas a la nulidad de sociedades de objeto ilícito, actividad ilícita y objeto prohibido (arts. 18 a 20), así como aquellas normas que prevén expresos mecanismos de protección de los terceros, a través de la custodia de la consistencia del capital social (art. 32) y el régimen de aportación y la valuación de los bienes en especie (arts. 38 a 53).

Del mismo modo, también debe incluirse dentro del concepto de orden público las disposiciones contenidas en la ley 19.550 que establecen determinadas incapacidades de derecho, y si bien es cierto que en esta materia no es posible predecir si a ellos corresponde una nulidad absoluta o relativa, pues habría que descubrir previamente si es un interés público o privado el que resguarda la sanción de nulidad[406], resulta evidente que la incapacidad prevista por el art. 30 —hoy muy mitigada luego de la sanción de la ley 26.994— no puede dejar de ser incluida dentro de las normas de orden público, en tanto dicha disposición —que prohíbe a las sociedades por acciones formar parte de sociedades personalistas— resguarda intereses generales o colectivos, y a la misma conclusión debe arribarse cuando se trata de la nulidad de un acuerdo asambleario adoptado con el voto favorable de una sociedad constituida en el extranjero, no inscripta en los registros mercantiles locales, porque el incumplimiento de las inscripciones previstas por los arts. 118 y 123 de la ley 19.550 afecta cuestiones de soberanía y de seguridad del tráfico mercantil local, que superan holgadamente los intereses privados de la sociedad partícipe, de manera tal que la nulidad que afecta aquel acuerdo asambleario no puede ser sino absoluta.

Es también frecuente escuchar que por tratar exclusivamente de cuestiones patrimoniales, las normas de ley 19.550 no pueden comprometer el orden público, lo cual es conclusión que estimamos, cuanto menos, superficial, pues como bien lo sostuvo el magistrado Edgardo Marcelo Alberti en el recordado

caso "Abrecht Pablo A. y otra c/ Cacique Camping SA s/ sumario", del 1º de marzo de 1996, el orden público no es siempre ajeno a lo patrimonial, por lo que la defensa en sede judicial de la participación societaria de determinados accionistas no indica per se que esa cuestión litigiosa fuese extraña al orden público.

Aclarado ello, es importante recordar que si bien la nulidad absoluta es sanción reservada a la violación de normas de orden público, existen otros casos en que resulta de aplicación aquel supuesto de invalidez, como por ejemplo, la omisión de las formas esenciales del acto, cuando tales formalidades fueron expresamente requeridos por el legislador (art. 285 del Código Civil y Comercial de la Nación). Forzoso resulta concluir que una decisión que fue adoptada por el órgano de gobierno de la sociedad, sin haberse respetado las formalidades de convocación y celebrada en la mayor de la clandestinidad por los accionistas mayoritarios, no puede dar lugar a una nulidad relativa sino absoluta, pues nadie podría sostener con seriedad que la acción judicial tendiente a su nulificación pueda prescribir a los tres meses de celebrada la misma, cuando los accionistas que no participaron de ella ni siquiera se enteraron de su existencia(407). Por tales motivos, ha sido considerado que la cuestión referida a la forma en que deben convocarse a las asambleas, esto es, por medio de edictos, excede el ámbito de interés privado, ya que tal formalidad ha sido impuesto en protección de los derechos del mismo ente, de los socios y de los terceros, para quienes la transparencia en el manejo de las cuestiones societarias, tanto en su faz interna como externa, resulta fundamental para que se mantenga el respeto al principio de seriedad(408).

Con la misma orientación, la doctrina y la jurisprudencia han estimado susceptible de nulidad absoluta las decisiones adoptadas por un determinado órgano social que ha invadido la esfera de actuación de otro órgano, con el argumento de que los actos societarios internos responden a una distribución de competencias de carácter inderogable, siendo su cumplimiento requisito de regularidad y validez(409).

Finalmente, no puede dejar de mencionarse, dentro del panorama jurisprudencial elaborado en torno a la existencia de nulidades absolutas en el derecho societario argentino, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas SA s/ sumario", dictado el 7 de diciembre de 2001, donde la doctrina que predica la exclusión de las nulidades absolutas dentro del ámbito del art. 251 de la ley 19.550 tuvo un fuerte espaldarazo, al sostenerse que no corresponde limitar la aplicación de dicha norma cuando no se debaten meros intereses individuales de comerciantes. Se trataba de un caso donde la sociedad demandada no fue constituida por la decisión de particulares con el propósito de obtener un lucro y explotar un servicio cualquiera, sino que fue creada —la sociedad— para concretar un proyecto de privatización del mercado generador de energía eléctrica en un vasto sector del país. Sostuvo textualmente el más alto Tribunal de la República que "De ahí que tanto su objeto social como el de todas sus decisiones orgánicas quedaren condicionadas, en cuanto a su validez, al acatamiento de las normas de orden público preexistente, las cuales han sido establecidas para garantizar el debido resguardo y protección de los intereses

públicos y del patrimonio estatal, en atención a la moral pública que todos debemos respetar por imperio de lo estatuido en el art. 17 de la Constitución Nacional, que así lo exige".

Más controvertido resulta el tema de los derechos inderogables de los accionistas y las normas previstas por la ley 19.550 que tienen a su protección, pues sobre el particular se centra la polémica sobre el carácter de orden público o imperativo de las normas que los contemplan. Basta citar, por ejemplo, lo dispuesto por el art. 69, que declara irrenunciable y nula cualquier convención que limite el derecho de aprobación o impugnación de los estados contables, derecho que obviamente comprende el derecho de información; el art. 194, en cuanto dispone que el derecho a la suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones no puede ser suprimido o condicionado, excepto los casos previstos por el art. 197, norma que resulta comprensiva de los supuestos previstos por el art. 189; el art. 245, que sanciona con la nulidad cualquier disposición que excluya el derecho de receso o agrave su ejercicio; el art. 263, que contiene una norma idéntica a la anterior, pero referida al ejercicio del voto acumulativo; etc.

Para una importante corriente de opinión, existe entre los conceptos de orden público e imperatividad un vínculo de género a especie, y en tal sentido, una ley imperativa(410)es una especie de ley de orden público, lo cual implica, como lógica consecuencia, que existen otras normas imperativas que no revisten tal característica. Como ejemplo de leyes imperativas dictadas predominantemente en miras del interés individual, se menciona a las que establecen incapacidades de hecho, cuya trasgresión se sanciona con nulidades relativas, establecidas en beneficio del incapaz y que pueden ser confirmadas, y lo mismo ocurre en los casos de vicios de la voluntad.

La jurisprudencia ha apoyado esta artificial distinción, que carece de todo respaldo legal. En este sentido se han orientado los fallos de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fallo de fecha 2 de diciembre de 1982, en autos "Bastiani de Nadra, Berta c/ Golf Country Los Cedros SA", y la misma sala en autos "Vistalba SA c/ Banco de Galicia y Buenos Aires", de fecha 11 de diciembre de 1986. En el primero de ellos el tribunal señaló que el derecho de preferencia, por relacionarse con el régimen legal de las sociedades, forma parte de las disposiciones de interés público, pero no constituyen normas de orden público. En el segundo de los casos, la mayoría del tribunal entendió no caracterizable a la normativa sobre voto acumulativo como derecho de orden público, adhiriéndose a la concepción según la cual este último requiere una norma dictada en consideración general o comunitaria. Cabe señalar que en este precedente, la magistrada Isabel Míguez, votando en disidencia, afirmó el carácter de orden público, fundada en lo imperativo e inderogable de su normativa, que no puede ser sustituida ni modificada en el contrato constitutivo o su reforma.

Más cercano en el tiempo, en el caso "Lucioni Jorge c/ Lawn Car Sociedad Anónima s/ sumario", dictado por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en 30 de abril de 2001 se intentó —a mi juicio, sin éxito— explicar las diferencias entre normas de orden público y normas

imperativas. Se dijo en ese precedente que "...Debe distinguirse, de manera especialmente conducente para la materia societaria, entre normas imperativas de orden público y las que no revisten tal carácter, existiendo disposiciones que hacen al balance de principios que hacen a la economía de la legislación específica o al equilibrio entre mayorías y minorías que, en dicha economía, conjugan los principios institucionalistas o contractualistas, que, en tensión, campean como alternativas continentes en la referida normativa, pero que no necesariamente comprometen al interés del pueblo todo...". En otro precedente de ese mismo tribunal, pero esta vez de su sala D, se sostuvo, en el caso "Bona Gáspare c/ CILSA Industrial Lanera Sociedad Anónima s/ sumario", dictado el 14 de agosto de 1997 que "Las normas de orden público no deben ser confundidas con las normas imperativas. Aquellas son las que inspiran el mantenimiento de la organización social, la moral, las buenas costumbres y las instituciones fundamentales del derecho privado. Por lo tanto, debe entenderse que solo la violación de esa clase de normas produce una nulidad que tiene el carácter de absoluta y que queda exceptuada del régimen del art. 251 de la ley 19.550".

En virtud de lo expuesto por esta doctrina —que distingue entre disposiciones imperativas ajenas al orden público y las normas de orden público— las prescripciones legales que consagran derechos inderogables de los accionistas se incluyen en la primera categoría, pues fueron consagradas en defensa de intereses privados —el de cada accionista— y que por ello se sanciona con nulidades meramente relativas. Bien es cierto —conforme a esta línea de pensamiento— que los arts. 194, 245 y 263 de la ley 19.550 establecen que los derechos allí consagrados no pueden ser dejados sin efecto, pero de ello no se deriva que sus destinatarios no puedan renunciar a esos derechos, lo cual importa suficiente distinción con las normas de orden público, cuyos beneficios son irrenunciables.

Por mi parte, coincido con Guillermo Borda[411], para quien existe plena identificación entre ley imperativa y de orden público, de lo cual se desprende que toda ley imperativa es de orden público, porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus prescripciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento, o, resumiendo, porque se trata de una ley de orden público. En definitiva, concluye este autor que "leyes imperativas y leyes de orden público son conceptos sinónimos"[412].

Es de toda evidencia que por tratarse la sociedad de un contrato —con características particulares, pero un contrato en definitiva—, las normas de los arts. 957 y 959 del Código Civil y Comercial de la Nación —sucesores de los 1137 y 1197 del derogado Código Civil—, y rectoras del principio de la autonomía de la voluntad, juegan en este contrato un importantísimo papel. Sin embargo, muchas veces el legislador, en protección de una serie de intereses que pueden estar comprometidos —como, por ejemplo, el régimen del patrimonio conyugal, el de los herederos de los socios, de los terceros y de los propios accionistas—, ha establecido una serie de normas inderogables destinadas a proteger el interés general, en miras precisamente de un interés superior al particular de los socios, y es en estos casos en donde la imperatividad ha sido establecida en forma

terminante, prohibiendo toda disposición en contrario, lo cual se halla fundado, como hemos señalado, en la defensa del orden público.

Quienes niegan que las disposiciones previstas por la ley 19.550 en defensa de los derechos esenciales del accionista están fundadas en el orden público, pretenden reservar esta naturaleza a las normas que inspiran el mantenimiento de la organización social[413]o que comprometen "el interés del pueblo todo"[414], olvidando que, como fuera expuesto en el caso "Abrecht", el orden público no se confunde necesariamente con la materia del llamado derecho público, y la distinción entre los dos conceptos debe ser mantenida con particular empeño, porque la similitud fonética tiende a establecer una identidad de esencias que no existen[415]. Por otro lado, los cultores de tal diferencia no han podido explicar en forma satisfactoria las razones por las cuales existen las normas imperativas en forma paralela con las normas de orden público, pues en definitiva ambas protegen intereses superiores a los meramente particulares.

Por otro lado, la circunstancia de que los eventuales beneficiarios de las normas "imperativas", puedan renunciar a los derechos establecidos por aquellas, no constituye elemento suficiente para escindir la imperatividad del orden público, pues lo que predica este concepto es que tales derechos —en el caso que nos ocupa, el derecho de preferencia, de receso o del voto acumulativo— no pueden ser suprimidos o menoscabados de tal manera de imposibilitar su ejercicio, siendo su renunciabilidad una cuestión meramente secundaria, pues se reitera que lo verdaderamente importante de la cuestión es que los beneficiarios de tales normas saben que siempre pueden contar con tales derechos y que la ley sanciona con la invalidez toda norma estatutaria o decisión asamblearia que los perjudique.

Repárese que la doctrina que encuentra en la renunciabilidad —expresa o tácita— de los derechos esenciales del accionista el elemento diferenciador entre las normas de orden público y las normas imperativas, olvida que el legislador societario ha prohibido en algunos casos la renunciabilidad de tales derechos (art. 69) y que tampoco es admisible sostener que el no ejercicio del voto acumulativo le haga privar del carácter de orden público a la norma del art. 263 segundo párrafo, en cuanto dispone que el estatuto no puede derogar este derecho ni reglamentarlo de manera que dificulte su ejercicio, pues el procedimiento de voto acumulativo no puede jamás considerarse un sistema que pueda considerarse como habitual en la elección de directores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, sino que es un procedimiento de excepción que por lo general se utiliza en casos de conflicto, ante la falta de consentimiento de los accionistas en la elección de las autoridades sociales.

En definitiva: las normas que consagran los derechos inderogables de los accionistas adquieren el carácter de orden público porque mal podría alentarse la constitución de sociedades anónimas —y con ello la imprescindible injerencia del capital privado a la economía nacional— si tales derechos no existiesen, pues ello no implicaría otra cosa que la inmediata desaparición de los accionistas ajenos al grupo de control.

No debe olvidarse tampoco que, cualquiera fuere la definición que la doctrina nacional o extranjera ha hecho del orden público (hoy art. 12 del Código Civil y Comercial), siempre está presente en este concepto la protección de los principios fundamentales cuya observancia se considera esencial para la existencia y conservación de una organización social establecida. Resulta pues evidente que el legislador, consciente de la creciente trascendencia que las sociedades anónimas tienen para el desarrollo de la economía del país, que han sido incluso caracterizadas como "creación dócil y preciosa del capitalismo, y la piedra angular, no sólo del derecho comercial sino del ordenamiento jurídico capitalista", ha tenido en cuenta estas premisas para otorgar fuerza imperativa a las disposiciones que conceden derechos inderogables a los accionistas que la integran, partiendo de la base de que la organización y funcionamiento de la sociedad anónima están comprendidos dentro de aquellos principios de orden económico que integran el concepto de orden público.

Todo conduce pues a la conclusión que la distinción entre las normas imperativas y las normas de orden público no constituye otra cosa que una creación artificial para evitar que los efectos de las disposiciones enroladas dentro de este último concepto puedan ser aplicadas al derecho societario, habida cuenta sus trascendentes efectos: imprescriptibilidad, inconfirmabilidad, legitimación activa amplia y extensiva a terceros interesados, declaración oficiosa por el magistrado interviniente etc., de manera tal que, recurriendo al conocido recurso que Zannoni y Bossert calificaron como "trastrueque de terminología legal"[(416)], esto es, cambiar de nombre a las cosas y creando distinciones artificiales, se pretende minimizar la existencia de normas de orden público en las relaciones societarias, al cual, dolosamente, se lo califica como un ordenamiento legal meramente patrimonial.

En consecuencia, si en el correcto funcionamiento de la sociedad anónima se halla comprometido el orden público, mal se podría entender que la violación de los derechos esenciales de quienes la integran, por parte de un acuerdo asambleario, es sólo cuestión que afecta los intereses particulares de aquellos, sino todo lo contrario: el interés general supone el normal desenvolvimiento de los órganos que lo integran y el pleno respeto de aquellas normas protectoras mediante disposiciones imperativas. Lo opuesto no implicaría otra cosa que destruir los mismos cimientos que fundamentan la existencia del régimen societario.

No desconocemos, como lo ha recordado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial —sala C—, en autos "La Central de Oxígeno SA", de fecha 26 de febrero de 1986, que en el derecho positivo argentino, a diferencia de lo que acontece en otras legislaciones, la nulidad absoluta no encuentra norma societaria que delimite las causales que la configuren respecto de las deliberaciones asamblearias, pero ello, lejos de implicar la inexistencia de orden público en el derecho societario, permite su juzgamiento en cada caso bajo reglas genéricas en cuanto se las entienda compatibles y aplicables a los actos colegiales. Tal conclusión no queda enervada por la reforma efectuada por la ley 22.903 al art. 251 de la ley 19.550, que suprimió la referencia que contenía la última parte del primer párrafo a las nulidades absolutas —violatorias del orden público—, sino que, muy al contrario, cabe entender que la refuerza en tanto la

redacción de 1972 podía tolerar una interpretación por implicancia que, a partir de la mencionada referencia, sustentase el sometimiento a las reglas de impugnación de las resoluciones asamblearias establecidas por la ley 19.550 de todos los supuestos de nulidad, inclusive cuando fuese repugnante al orden público(417).

Finalmente, si bien se puede comprender —aunque no compartir— que se haya sostenido la necesidad de limitar al mínimo lógicamente posible la categoría de las nulidades absolutas frente a las de anulabilidad, fundado en la necesidad de no afectar la continuación o subsistencia de la sociedad(418), ello no puede llevar derechamente a sostener la derogación del art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación (antes art. 1047 del Código Civil) en materia de impugnación de acuerdos asamblearios, pues no parece tolerable privilegiar el funcionamiento de la sociedad frente a violaciones de normas de orden público por parte del órgano de gobierno de la sociedad, que suponen la imprescriptibilidad de las acciones judiciales tendientes a dejarlas sin efecto. La tesis contraria, de renunciar a toda distinción entre nulidades absolutas y relativas, choca con principios generales del derecho (en especial el previsto por el art. 388 del Código Unificado, que declara inconfirmable el acto afectado de nulidad absoluta), y llevaría al extremo de que una asamblea podría libremente violar toda disposición legal con tal de que los accionistas estuvieran de acuerdo y ninguno de ellos hiciere valer la invalidez(419), lo cual es tanto más inadmisible si se repara que esas decisiones pueden ser obligatorias y vinculantes, incluso para los sucesores universales de los accionistas que han acordado en tal sentido.

Como conclusión de todo lo expuesto, puede afirmarse que en nuestro ordenamiento societario, a pesar de que no contiene normas expresas sobre ello, existen dos clases de acciones para atacar los acuerdos adoptados en asamblea de accionistas: una de ellas es la prevista por los arts. 251 a 254 de la ley 19.550, que se refiere a la impugnación de acuerdos asamblearios nulos de nulidad relativa, acuerdos que sin la correspondiente declaración de invalidez se estiman como válidos. Dicha acción, que podría ser definida como la estricta acción de impugnación, sólo puede ser iniciada por los sujetos legitimados que menciona el art. 251, y debe iniciarse en el breve término de prescripción que dicho artículo señala. La segunda de las acciones es la acción de nulidad, que no encuentra consagración legislativa en la ley 19.550, pero que surge con claridad de las normas del Código Civil y que tiende a obtener la declaración de nulidad absoluta o —para quienes sostienen esa categoría— la inexistencia del acto asambleario, y puede ser iniciada por cualquier interesado, siempre que demuestre la existencia de un interés en sentido jurídico(420). Esta acción es, por la índole de los intereses afectados, de carácter imprescriptible, y el acto viciado no puede ser objeto de confirmación por asamblea posterior(421).

Aclarado entonces que las acciones de nulidad absoluta de una asamblea o de una determinada decisión asamblearia no se encuentran comprendidas en la disposición del art. 251 de la ley 19.550, es importante destacar sin embargo que no toda demanda de tal naturaleza, fundada en la violación de un derecho inderogable de un accionista de la sociedad demandada, debe ser inmediatamente incluida dentro del ámbito del art. 1047 del Código Civil y

sancionada con la nulidad absoluta, imprescriptible e inconfirmable, pues solo se incorporan en esta categoría aquellas decisiones asamblearias que afectan definitivamente el ejercicio de aquellos derechos o los reglamentan de tal manera que impiden su objetivo final, pero no cuando se trata de una violación ocasional, puntual y acotada de tales ejercicios, en cuyo caso la demanda de impugnación solo podrá progresar si ha sido ella fundada en lo dispuesto por el art. 251 de la ley de sociedades comerciales.

Por ejemplo, y como lo resolvió la jurisprudencia en reiteradas oportunidades, la disminución del número de directores a los fines de frustrar el ejercicio del voto acumulativo constituye un claro ejemplo de nulidad absoluta del acuerdo asambleario que resolvió en tal sentido, pues en adelante, tal derecho no podrá ser directamente ejercido —supuesto de reducción del número de directores a uno o dos— o no podrá serlo con la misma eficacia. En cambio, si lo que se cuestiona de tal decisión asamblearia es el mal cómputo de los votos, en infracción al sistema previsto por el art. 263 de la ley 19.550, la nulidad será relativa y la demanda deberá promoverse dentro del plazo establecido por el art. 251 del ordenamiento societario.

§ 5. Aplicación de los arts. 251 a 254 de la ley 19.550 a todos los tipos societarios

Lo expuesto en los párrafos anteriores rige para todos los acuerdos adoptados por el órgano de gobierno de la sociedad, cualquiera fuese el tipo social de que se trate, a lo cual no obsta el hecho de que la acción de impugnación de ellos esté legislada exclusivamente en la ley 19.550 para las asambleas de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada (arts. 159 y 316). La falta de disposiciones expresas sobre el particular para las sociedades de personas, o sociedades por parte de interés, que constituye una grave deficiencia de la ley 19.550, no autoriza a prescindir de tales soluciones y recurrir, en consecuencia al ordenamiento común, pues las normas previstas por los arts. 251 a 254 parten de los mismos fundamentos que obligan a aplicarlas a la totalidad de los tipos societarios contemplados por la ley 19.550.

§ 6. Presupuestos para la acción de impugnación de acuerdos asamblearios (Primera parte)

6.1. Causas de impugnación de acuerdos asamblearios

Siguiendo al inolvidable profesor Carlos Suárez Anzorena[422], cabe afirmar que la acción de impugnación judicial de un acto asambleario o de decisiones asamblearias adoptadas en él, puede tener por causa:

a) Por inexistencia o la irregular convocación, celebración o instrumentación del acto asambleario;

b) Por la falta de competencia del órgano o la adopción de decisiones que no fueran consecuencia del tratamiento de puntos incluidos en el orden del día, salvo las excepciones previstas por la ley;

c) Por la falta de quórum o de mayoría legal computable a los efectos de la decisión de que se trata;

d) Por la ilegitimidad de los contenidos de la decisión, en tanto ésta contravenga disposiciones obligatorias de la ley, los estatutos o reglamentos de origen asambleario vigentes al tiempo de la celebración;

e) Atento la existencia de abusos de mayorías irrazonablemente lesivos de derechos esenciales de los socios o del interés social

La enumeración anterior obliga a efectuar las siguientes distinciones: Una asamblea puede ser válida o inválida, y a su vez los acuerdos adoptados en ella pueden ser también válidos o inválidos. Una asamblea que ha sido deficientemente convocada, o que se haya celebrado sin el quórum previsto por la ley, o, finalmente, cuyas decisiones hayan sido adoptadas sin respeto del régimen de mayorías legalmente previsto, es nula en su totalidad y la declaración judicial de invalidez pronunciada en el juicio correspondiente, la tendrá por no celebrada, sin subsistencia de ninguna de las resoluciones en ella adoptadas, a salvo los derechos de los terceros de buena fe que han contratado con la sociedad como consecuencia del acuerdo asambleario, a quienes la invalidez de éste no puede serles opuesta, habida cuenta la apariencia de legalidad que emana de la actuación de los órganos sociales.

Ello responde al hecho de que la asamblea de accionistas es un acto jurídico compuesto por sucesivas etapas, en todas las cuales deben cumplirse necesariamente los requisitos legales previstos para ellas. De manera tal que, como ha sido sostenido en forma reiterada por la jurisprudencia, tanto administrativa como judicial, todas las etapas que confluyen a la regularidad del acto asambleario, deben ser cumplidas estrictamente, porque todas ellas son formativas y conducen a la resolución final[423]. En tal sentido se ha resuelto que "Cuando acontece en cualquiera de las etapas formativas o constitutivas de la asamblea, una violación a la ley, estatuto o reglamento, puede afirmarse que la resolución final, aunque en sí misma fuere inobjetable, sufrirá inevitablemente las consecuencias o efectos de esa anomalía que la precedió, por cuanto el acto asambleario se integra con diversas etapas que constituyen y configuran una verdadera unidad funcional sin relevancia jurídica separadamente considerada"[424].

A la inversa, si lo impugnado ha sido sólo una o varias decisiones sociales, por resultar ellas contrarias a la ley o al estatuto, nada impone declarar la nulidad de todo el acto asambleario, si en él se acordaron otras decisiones cuyo contenido no ha sido atacado por ninguno de los sujetos legitimados para ello, siempre, claro está, que no haya relación entre el acto atacado de nulidad v las decisiones no impugnadas. Ello es consecuencia de la aplicación de lo dispuesto por el art. 389 del Código Civil y Comercial de la Nación y funda en la necesidad de preservar la validez del acto, en lo que fuera posible, cómo principio liminar en materia de nulidad de los actos jurídicos, atento a la magnitud que implica tal declaración.

Es importante destacar que la ley 19.550 en sus arts. 251 y ss. comprende los supuestos de invalidez del acto asambleario en su totalidad como de una determinada decisión de la asamblea, y vale esta aclaración, en la medida en que la redacción del art. 251 puede llevar a interpretaciones equivocadas(425), sosteniéndose que su alcance se refiere exclusivamente a este último supuesto. Ésta es, aparentemente, la opinión de Mascheroni(426)y Muguillo(427), para quienes la impugnación de la validez de la asamblea en sí misma, ya fuere por vicios de forma o fondo, implica la promoción de la acción de nulidad prevista por el Código Civil, escapando a las normas previstas por los arts. 251 y ss. de la ley 19.550, opinión que no comparto, pues la nulidad total del acto asambleario puede ser consecuencia de vicios en su convocatoria o en su funcionamiento, lo cual no supone necesariamente la nulidad absoluta del acto, que se debe reservar sólo para el caso de inexistencia total de los requisitos formales previstos por el legislador para la regular celebración del acto asambleario.

6.2. La impugnación de decisiones asamblearias a la luz de la jurisprudencia

No obstante que la ley 19.550 otorga a los sujetos previstos por el art. 251 de esa normativa, el derecho o la obligación de impugnar asambleas o decisiones asamblearias, sin otros requisitos que acreditar su legitimación y que la asamblea fue celebrada sin apego a las disposiciones legales o estatutarias, nuestra jurisprudencia —salvo fallos aislados que han interpretado al art. 251 conforme el espíritu del legislador— se ha preocupado en agregar otros requisitos de procedencia para el ejercicio de la acción prevista por aquella norma, de ninguna manera previstos legalmente y que, en muchos casos, dificultan o imposibilitan el ejercicio de ese fundamental instrumento, previsto por el legislador para reencauzar el funcionamiento del ente a los parámetros legales o estatutarios. Basta a los fines del presente citar como ejemplo algunos casos:

a) Fallos que han exigido al impugnante expresar en el escrito de demanda los mismos argumentos desarrollados en la asamblea atacada de nulidad(428). Tal exigencia es totalmente inadmisible, pues entra en contradicción con el texto del art. 251 de la ley 19.550, en cuanto admite la legitimación activa para promover el juicio de impugnación de decisiones asamblearias a los accionistas ausentes, esto es, a quienes no desarrollaron ningún argumento en el seno de la asamblea atacada de nulidad. Por otra parte, lo absurdo del requerimiento salta a la vista, pues con ese criterio, solo estaría capacitado para concurrir a una asamblea un

abogado y no el propio accionista, quien es, por obvia definición, la persona más interesada en debatir sobre lo que se resuelve en su sociedad.

b) Jurisprudencia que requiere que las decisiones asamblearias atacadas de nulidad lesionen el interés social y no a los derechos individuales del accionista[429]. Dichos precedentes podrían tener algún viso de admisibilidad cuando el director o síndico protesta contra el quantum de la retribución a sus labores fijadas por la asamblea de accionistas, pero no cuando el accionista se agravia contra un derecho esencial que le corresponde como tal, como el derecho al dividendo o a la información sobre la marcha de los negocios sociales. cuyo pleno respeto está incluido dentro del difuso concepto de "interés social", pero la jurisprudencia a que nos estamos refiriendo parecería descartar los derechos esenciales del accionista del referido concepto, confundiendo o identificando al interés social con el interés patrimonial de la entidad.

c) Fallos que han resuelto la inimpugnabilidad de ciertas decisiones asamblearias (como el aumento del capital social)[430]o que han declarado que determinados acuerdos sociales no son susceptibles de ser suspendidos provisoriamente en su ejecución (la aprobación de los estados contables), a través de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550[431]. Huelga señalar que los arts. 251 a 254 de la ley 19.550 no introducen distinción alguna en tomo al contenido de la decisión asamblearia que se pretende nulificar, efectuando la jurisprudencia distinciones que el legislador no tuvo en cuenta. Por otra parte, basta reparar que el aumento del capital social con fines extrasocietarios (art. 54 in fine, ley 19.550) es quizás el instrumento más utilizado para frustrar los derechos de las minorías y licuar su participación accionaria, por lo que, declarar inimpugnable esos acuerdos implica convalidar actuaciones de los sujetos controlantes en claro abuso de derecho (art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación, antes art. 1071 del Código Civil).

d) Precedentes judiciales que han requerido del accionista impugnante la producción de lo que la doctrina procesalista denomina como "prueba diabólica", como lo resuelto en el caso "Pereda c/ Pampagro" en donde se requirió del accionista impugnante de un aumento del capital social que tenía a su cargo la prueba de la irrazonabilidad de dicho incremento. En la misma orientación se exigió al accionista actor que debía acreditar los perjuicios que a él le ocasionó la probada violación de sus derechos de información en el seno de una asamblea[432], y en idéntico sentido fue requerido a un accionista, ante la impugnación de una decisión asamblearia que aprobó una importante remuneración de los directores, que aquél debía demostrar que con el 25% de las ganancias no alcanzaba pira conseguir, en el momento que la decisión social fue adoptada, — y no en condiciones abstractas — los servicios de personas serias y eficientes[433].

e) Fallos que han predicado la necesidad de que el impugnante brinde una explicación concreta de las consecuencias dañosas padecidas por la sociedad como consecuencia del acto asambleario atacado de nulidad[434].

f) Decisiones jurisprudenciales que, directa o indirectamente han requerido del accionista impugnante, la titularidad de un determinado porcentaje accionario(435).

Las premisas de las que han partido los Tribunales para sentar tales criterios, exigiendo las más de las veces, requisitos que, se reitera, la ley 19.550 no requiere, radica en la gravedad institucional que implica la declaración judicial de nulidad de decisiones de los órganos sociales, introduciendo una equivocada e inadmisible distinción entre los actos jurídicos celebrados por particulares y por personas jurídicas o sujetos de derecho de segundo grado. Tal manera de pensar podría quizás encontrar alguna explicación en las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, pero no, evidentemente, en sociedades cerradas o de familia, en las cuales no se advierte que la comunidad pueda sufrir perjuicios por la existencia de una sentencia judicial que declare la nulidad de la celebración de una asamblea de accionistas o de un determinado acuerdo asambleario.

Nos ocuparemos a lo largo de esta obra de estas equivocadas doctrinas pretorianas con amplitud de fundamentos, pero desde ya dejamos sentada nuestra total disconformidad con esa corriente de pensamiento, cuyos desalentadores resultados están a la vista, pues han amparado el abuso del derecho por parte del grupo del control y han identificado el interés social con el interés de la mayoría, lo cual es inadmisible. La aplicación de tales criterios no ha conducido sino al total desinterés de la gente en participar en negocios societarios, pues a nadie interesa formar parte de un contrato asociativo si el ejercicio de los derechos más elementales que implica el estado de socio solo puede ser llevado a cabo luego de transitar un conflicto societario, que además de las lógicas preocupaciones, temores y gastos que ello supone, incluye la promoción de acciones judiciales cuya tramitación insume varios años.

Aclaradas estas cuestiones, y sintetizando las causales de impugnación mencionadas anteriormente, éstas pueden ser clasificadas de la siguiente manera: I) Vicios en la convocatoria de la asamblea; 2) Vicios en la celebración de ella; y 3) Vicios en el contenido de la resolución adoptada.

Las estudiaremos a continuación:

6.3. Vicios en la convocatoria de la asamblea de accionistas

Hemos ya señalado que el acto asambleario es esencialmente un acto formal y solemne, pues las formas determinadas por la ley 19.550 para la regular celebración de las asambleas son exigidas como requisitos indispensables para la validez final de las resoluciones que ellas adopten. Todas y cada una de las etapas formativas de la voluntad social deben ser necesariamente cumplimentadas, en protección de quienes contribuyen a 1a adopción de los acuerdos asamblearios, y ello así pues los requisitos de publicidad, así como los que prescriben la necesidad de un determinado quórum o calificadas mayorías, tienden precisamente a garantizar la existencia del acto mismo.

Ello fue explicado con gran claridad por Vanasco[436], para quien la nulidad de la asamblea, que es contenido de la acción de impugnación, debe vincularse con una resolución asamblearia, como acto final declarativo de la voluntad social. Pero la causa invalidarte no tiene por qué estar en la decisión misma, sino que también puede encontrarse en la forma irregular mediante la cual se ha llegado a esa resolución, y en tal sentido la redacción actual del art. 251 de la ley 19.550 ha mejorado en este sentido el texto anterior originario, por cuanto éste establecía que lo que podía ser objeto de impugnación de nulidad era una resolución aprobatoria de la ley, del estatuto o 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 asamblearia. Al hablar ahora la ley de que toda resolución adoptada en violación de la ley, estatuto o reglamento, pueda 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. Quedan, pues, sujetas a la acción de impugnación una resolución asamblearia tanto si se llega a ella por vicios que afectan el procedimiento reglado para su formación —aunque en sí la decisión no sea contraria a la ley, estatuto o reglamento—, como si la decisión a que se ha llegado por un procedimiento inobjetable, constituya en su contenido una declaración contraria a la ley, al estatuto o al reglamento.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido reiterada en recalcar la importancia del cumplimiento de los requisitos formales exigidos por el legislador, cuya omisión lleva fatalmente a la invalidez de la totalidad de las resoluciones que dicha asamblea adopte. Los fallos que se han dictado en tal sentido son numerosos, y basta citar, a modo de ejemplo, lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, sala A, en fecha 27 de octubre de 1978, en los autos "Graña, Jeremías c/ Viedma SRL y otro", en donde se resolvió que la falta de cumplimiento de los recaudos legales para la convocación de la asamblea y la no realización de la misma como lo previeron las partes en el estatuto y lo quiere la ley, determina la nulidad de aquélla, ya que la decisión que los socios singularmente considerados tomaron, sólo puede tener el alcance de una mera resolución personal, pero no puede hacerse extensiva al sujeto de derecho, si ella no emana del órgano societario, por deliberación realizada en los términos que requiere ley[437].

En resumen: sólo el debido cumplimiento de los requisitos formales establecidos por el legislador para la regular celebración de asambleas de accionistas, hace que la resolución adoptada pueda ser adjudicada al órgano de la sociedad, y por ello la total omisión de esos requisitos determina la nulidad absoluta del acto, pues es éste uno de los casos en que la forma ha sido prevista por razones de seguridad general y en el cual el último párrafo de los arts. 285 y 387 del Código Civil y Comercial es enteramente aplicable.

Sin embargo, debemos ser muy cuidadosos en la calificación del grado de invalidez que se deba adjudicar a una asamblea realizada en infracción a las

normas formales establecidas por el legislador, dado que, como se ha dicho en más de una oportunidad, la declaración de invalidez no tiene como finalidad preservar pruritos formales o satisfacer finalidades teóricas o abstractas, en el solo homenaje de la ley, sino remediar perjuicios efectivos, lo cual es tanto más aplicable cuando la invalidez se funda en defectos formales en la celebración del acto(438). Por consiguiente, es necesario, para llegar a una exacta calificación de la naturaleza del vicio, determinar si la omisión de esas formalidades ha impedido la concurrencia o la libre participación del accionista, pues sólo de tener tales características podremos afirmar que estamos en presencia de un acto nulo de nulidad absoluta, por inobservancia de las formas legales, la cual debe ser considerada como una sanción extrema y apreciada con estrictez(439). Por ello, y para apreciar el alcance y funcionamiento de las nulidades de actos asamblearios, es siempre necesario considerar el interés protegido por ella, y como sostiene Halperin(440), juzgar en principio válida la decisión cuando esos intereses han sido íntegra y positivamente tutelados(441).

Advertimos no obstante la enorme dificultad que significa sentar principios generales sobre este tema, pues las infracciones a los requisitos de convocatoria y celebración de asambleas pueden presentarse en la práctica en formas infinitas, por lo cual y sin perjuicio del carácter general del principio que formularemos a continuación, nos resultan acertadas las lúcidas reflexiones de Vásquez del Mercado sobre el particular(442), para quien sólo la falta de los requisitos formales para la formación del acto determina su nulidad. Al contrario, si tales requisitos se hallan viciados, estaremos en presencia de un acto anulable.

A esas mismas conclusiones llegó también Isaac Halperin(443), quien sostiene que cuando existan vicios de convocación y constitución de la asamblea, habrá nulidad absoluta (e inexistencia si se acepta esa categoría) y nulidad relativa o impugnabilidad de las decisiones, cuando median vicios en las formas no esenciales de la convocación o de defectos de la reunión, criterio éste, que ha sido adoptado jurisprudencialmente, como hemos ya señalado.

La dificultad para determinar cuándo estamos frente a un caso de nulidad y cuándo frente a un caso de anulabilidad — dice Vásquez del Mercado, refiriéndose a los vicios que afectan la formación del acto asambleario — estriba, no en conocer cuáles sean los requisitos, sino en saber cuándo un requisito falta o cuándo está viciado. No sería posible hacer una enumeración casuística, tomando como base cada uno de los requisitos necesarios para la formación de la deliberación, para determinar cuándo éstos podrían faltar o estar viciados, pues se correría el riesgo de omitir más de una hipótesis. Por esta razón, en cada caso particular, y según se presente éste, se deberá hacer un análisis de las diferentes fases por las cuales se atraviesa para llegar a tomar la deliberación, con objeto de determinar si se cumplieron todos los requisitos o no; y en caso de haberse cumplido, si éstos están o no viciados, resultando de aplicación los principios generales que gobiernan la nulidad de las actos jurídicos.

Por mi parte y siguiendo los lineamentos expuestos por Halperin y Vásquez del Mercado, entiendo sólo la total inobservancia de las formas establecidas por la

ley para la celebración del acto asambleario determina su nulidad absoluta, pues en tales casos entran en juego principios fundamentales que trascienden el ámbito societario y atinentes a la seguridad general, que ha tenido en cuenta el legislador para imponer las formas solemnes del acto como requisito de validez. No creo que contra ello se pueda sostener que no hay en el caso interés general comprometido, ni que sólo exista una lesión en el interés particular de un grupo de accionistas, pues en toda nulidad absoluta existe siempre un interés privado comprometido que está en función del reconocimiento simultáneo de intereses generales. La tutela del accionista, en este caso, es de orden privado, pero su protección interesa al orden económico-social, y entonces es asumida por éste elevándola a la categoría de interés general(444), pero con la aclaración de que si, al contrario, y pese a la ausencia de todo requisito formal, los accionistas concurren al acto y manifiestan su voluntad al decidir sobre cada una de las cuestiones que allí se deciden, parece lógico sostener que dichos vicios han quedado purgados, porque, además de que tal actuación importa un ejemplo de conformación tácita del acto viciado (art. 394 segundo párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación), ello será demostración de que no han quedado desprotegidos ninguno de los intereses tutelados con las formalidades legales, lo cual es, a mi juicio, una simple aplicación de lo dispuesto por el art. 387 del referido ordenamiento legal, cuando prescribe que la nulidad absoluta no puede ser invocada por quien ha consentido la ejecución del acto(445), conforme las expresiones del nuevo ordenamiento común, cuando veda la invocación de la nulidad absoluta, a la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho.

La jurisprudencia ha tenido reiteradas oportunidades para explayarse sobre el particular y sin perjuicio de destacar que muchas veces las soluciones adoptadas por nuestros tribunales han sido contradictorias, se destacará a continuación los criterios rectores adoptados en materia de nulidad de actos y decisiones asamblearias por incumplimiento de los requisitos formales prescriptos por la ley 19.550 para la adopción de los acuerdos sociales.

a) La mayoría cuya voluntad se expresa por la suma de votos individuales, solo es tal cuando los votos se formularon en una asamblea válidamente constituida(446).

b) Si bien solo el debido cumplimiento de los requisitos formales establecidos por el legislador para regular la celebración de las asambleas de accionistas hace que la resolución social adoptada pueda ser adjudicada al órgano de gobierno de la sociedad, y por ello la total omisión de tales requisitos determina la nulidad del acto, pero siempre y cuando la omisión de tales formalidades haya impedido la concurrencia o la libre participación del accionista en la asamblea(447).

c) Corresponde declarar la nulidad de una decisión asamblearia cuando se omitió convocar a determinados integrantes a la reunión de directorio que procedió a convocar aquella(448), pero tal sanción no corresponde cuando el director omitido, esta vez como accionista, concurrió y participó activamente en el acto asambleario(449).

d) La convocatoria a asamblea que incumplió el número de publicaciones exigidas o la anticipación requerida por el art. 237 de la ley 19.550 no constituye suficiente razón para nulidad el acto asambleario, si el accionista impugnante concurrió al mismo y participó activamente, sin formular expresamente su oposición a la celebración de la asamblea, aún cuando haya votado posteriormente en forma negativa las resoluciones finalmente aprobadas(450).

e) La ausencia de la publicidad prevista por el art. 237 de la ley 19.550 y la infracción a la norma imperativa e inderogable del art. 233 de la ley 19.550, relativa al lugar de reunión del acto asambleario, determinan la nulidad de la asamblea así celebrada y traen aparejada la invalidez de las decisiones adoptadas en la misma(451).

f) La adopción de decisiones asamblearias que suponen la invasión de la esfera de actuación de otro u otros órganos sociales implica un vicio tal que la doctrina y la jurisprudencia han calificado como de nulidad absoluta, inconfirmable e imprescriptible(452), en tanto los actos societarios internos responden a una distribución de competencias de carácter inderogable y su cumplimiento es requisito de regularidad y validez.

g) El incumplimiento de la efectiva reunión de socios, sin el necesario consentimiento de todos ellos en relación a esta mecánica irregular, constituye un vicio que invalidad toda decisión que sea emitida por esta vía, pues al tratarse de une metodología espuria, su resultado queda genéticamente viciado(453).

h) La inexistencia de deliberación entre los asistentes al acto asambleario constituye un vicio que invalida el acto, pues la libre discusión en el seno de la asamblea, constituye el camino legalmente previsto para que la sociedad, mediante su órgano de gobierno, exprese su voluntad sobre determinados aspectos específicos de la marcha de la gestión social(454).

i) Las anomalías que exhibe el libro de registro de acciones constituye un obstáculo insalvable para la validez del acto asambleario, cuando aquellas impiden conocer con certeza la exactitud, nómina e identidad de los accionistas que integran la sociedad(455).

j) Resulta nula una asamblea de accionistas cuando el orden del día incluyó una más que vaga descripción de los temas de deliberación: aumento del capital, emisión de acciones etc., lo cual impidió a los accionistas conocer cuál era el monto del aumento del capital social que se debatiría, ni las características de la emisión de las acciones que trataría el órgano de gobierno ni los alcances del acto(456).

k) La circunstancia de que en una asamblea extraordinaria se haya tratado y decidido temas propios de una asamblea ordinaria, ello no puede invalidar lo resuelto en la misma, ya que al obtenerse el quórum exigido por el art. 244 de la ley 19.550 se cumplimenta el que exige el art. 243(457).

l) El retraso de la convocatoria a asamblea ordinaria para la aprobación de los balances del ejercicio económico en examen no es, como principio, una causal

de nulidad de dicha asamblea, sino más bien una circunstancia que en todo caso podría acarrear responsabilidad para los directores y la sindicatura del ente ideal[458].

6.4. Vicios en la celebración del acto asambleario

6.4.1. Violación al régimen de quórum y mayorías

Corresponde abocarse a continuación a los vicios que pueden afectar la reunión y deliberación del acto asambleario.

La asamblea de accionistas requiere además como requisitos de validez del acuerdo adoptado no sólo la regular convocación de los accionistas ni el examen de la legitimación de los asistentes al acto, sino también presencia de un determinado quórum y su adopción por las mayorías legalmente previstas en la Ley de Sociedades (arts. 243 y 244 de la ley 19.550), como asimismo que los accionistas presentes en la asamblea puedan ejercer sus derechos en forma amplia, recabando las informaciones que estimen correspondientes al tema en discusión y debatiendo cuanto estimen conveniente a los fines de emitir su voto en forma fundada y con amplio conocimiento de la cuestión a resolver.

El quórum previsto por los arts. 243 y 244 de la ley 19.550 ha sido establecido a los fines que la decisión que emane del órgano colegiado provenga del voto de un determinado número de accionistas, que será mayor o menor según la importancia del asunto a considerar. El legislador ha previsto, en dichos artículos, diversas soluciones para las asambleas ordinarias y extraordinarias, distinguiendo entre las asambleas celebradas en primera y segunda convocatoria, a las cuales asigna un quórum menor para evitar que el ausentismo afecte la operatividad del ente.

La presencia del quórum exigido por la ley debe ser reputado, pues, como requisito esencial para el regular funcionamiento de la asamblea, y su inexistencia provocará la nulidad absoluta del acto, atento a su finalidad, lo cual se advierte con claridad en los supuestos en que se modifica el estatuto por asamblea extraordinaria, en los cuales, y salvo expresa mención estatutaria, la ley 19.950 prohíbe que la respectiva decisión pueda ser adoptada por un número de accionistas que supere el mínimo legal establecido por el art. 244, y si bien es cierto que una asamblea posterior que cuente con el quórum legalmente establecido puede tomar idénticas resoluciones que la viciada, ello no implica la subsanación del acto en estricto sentido jurídico, sino una nueva decisión autónoma de la viciada, sin efectos retroactivos, lo que ocurre siempre cuando se ha declarado la nulidad absoluta del acto.

Del mismo modo, caben idénticas reflexiones sobre el acuerdo asambleario que haya sido adoptado sin alcanzar las mayorías legales previstas por los arts. 243 y 244 de la ley 19.550, en la medida en que el principio mayoritario que gobierna a la declaración de voluntad del ente colectivo sólo adquiere tal virtualidad cuando esas mayorías han alcanzado los topes legalmente previstos en nuestro ordenamiento.

No obstante ello, justo es señalar que la ausencia del quórum y del régimen de mayorías prevista por los arts. 243 y 244 de la ley 19.550 ha dado lugar a diversa jurisprudencia, no siempre coincidente, pues si bien existe pleno consenso en el sentido de que tales irregularidades provocan la invalidez del acto asambleario, no sucede lo mismo con la naturaleza de tal infracción, pues aunque mayoritariamente ha sido resuelto que en tanto el quórum constituye un elemento esencial del conjunto de actos que eslabonan el proceso del acto asambleario, por lo que sin quórum no existe asamblea, siendo la nulidad resultante de carácter absoluto(459), también se ha catalogado a la falta de quórum para sesionar como una nulidad relativa, pues su infracción no compromete principios de orden público, en tanto las normas que lo regulan solo están referidas a la forma del acto colectivo y al debido cumplimiento del procedimiento colegial(460).

Por mi parte, ratifico mi adhesión al criterio de que la violación de las normas establecidas por la ley 19.550, en materia de quórum y mayorías en la adopción de decisiones sociales, infringen evidentes principios de orden público y normas inderogables del ordenamiento jurídico, susceptibles de dar lugar a una hipótesis de nulidad absoluta en los términos del art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que, en lo que se refiere al quórum, sin la presencia de este requisito no puede quedar constituido el acto asambleario y, tratándose de la falta de mayorías prevista por legislador para la adopción de los acuerdos sociales, tal circunstancia vulnera el principio mayoritario que gobierna a la declaración de voluntad del ente colectivo, que solo adquiere el carácter de tal cuando esas mayorías han alcanzado los topes legalmente previstos en nuestro ordenamiento(461).

6.4.2. Irregularidades que afectan el pleno ejercicio de los derechos inderogables de los accionistas

En lo que respecta a los vicios en la declaración de la voluntad de la asamblea, cabe señalar, en primer lugar, que dicha declaración se alcanza por un proceso jurídico integrado por la discusión y la votación y por la declaración que se logra con el anuncio del resultado de la votación, que es su exteriorización en el orden interno(462).

Es precisamente en esta etapa formativa de la voluntad del ente, en donde más cuidadosamente deben ser analizados los derechos de los accionistas, pues, como se ha dicho, su debida información y su derecho a la libre deliberación y emisión del voto deben contar con todas las garantías que el caso requiera. Es por ello que no está en juego en este supuesto el debido respeto de las formas del acto colegial, sino que comprende la sumisión por parte de todos los órganos de la sociedad a los derechos políticos que a los accionistas le corresponden, en tanto partícipes del acto asambleario; por consiguiente, el grado de invalidez que corresponda adjudicar al vicio que afecte la celebración del acto, en lo que a este tema se refiere, debe ser analizado con pautas diferentes.

En primer lugar, no podemos sostener que la ley 19.550 haya sido feliz en cuanto al tratamiento del derecho de información de los accionistas, cuyo régimen peca, cuanto menos, por insuficiente. No obstante ello, cabe afirmar que es en la asamblea de accionistas donde ese derecho debe ser esencialmente respetado,

como forma de contribuir a la formación de la voluntad de quienes participan en ella y permitir la libre discusión de los temas en debate. La omisión, por parte de los órganos de administración y fiscalización de la sociedad, de suministrar en forma veraz y amplia los requerimientos que les formulen los accionistas, es causa de nulidad del acuerdo asambleario correspondiente y de los que sean su consecuencia.

La deliberación societaria es también requisito ineludible para el normal funcionamiento del acto asambleario, del cual sólo se puede prescindir cuando existe unanimidad de los accionistas presentes. Dicha deliberación no sólo se impone por el hecho de que la ley lo dispone expresamente, con precisas normas legales que determinan la convocatoria y el modo en que se obtendrán decisiones validas, sino también, como lo ha expresado Raúl Echeverry, siendo integrante de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal(463), porque de antemano no es posible saber el resultado de la decisión asamblearia, ya que, de lo contrario, se omitiría escuchar la palabra del socio, que tiene el derecho, no sólo de expresarse, sino de tomar una serie de medidas autoprotectoras que la ley le reconoce. La violación del derecho de deliberar, en tanto comprensivo también del derecho de información, es causa de nulidad absoluta de la decisión asamblearia, que no puede ser considerada nunca como expresión de voluntad del ente por resultar incompatible esa violación con las normas de funcionamiento de los oréanos societarios.

Finalmente, y en cuanto al derecho de voto, éste debe ser emitido luego de un amplio proceso deliberativo, salvo que se resuelva prescindir de él, por acuerdo unánime de los asistentes al acto, debate obviamente comprensivo del pleno respeto al derecho de información que le asiste a todos los accionistas.

Analizar la problemática de la validez del voto es cuestión que excede el objeto de este trabajo(464), pues el voto es un negocio jurídico que puede ser válido o inválido según las normas generales del ordenamiento común, a las cuales corresponde remitir. No obstante ello, y a los fines analizados, cabe detenernos en la repercusión del voto sobre el acuerdo adoptado, que se mide por la llamada "prueba de la resistencia", que consiste en determinar si la falta del voto impugnado hubiese impedido la validez de la decisión asamblearia considerada(465), de manera tal que cuando sin el voto impugnado igual se hubiera podido resolver sobre ese punto, la cuestión sobre la invalidez de ese voto es irrelevante a los fines de atacar el acuerdo adoptado.

6.5. Vicios en el contenido de la decisión social adoptada

Finalmente, la nulidad de la asamblea o de determinado acuerdo asambleario puede derivar de un vicio que afecte el contenido de la resolución correspondiente, y a silo se refiere expresamente el art. 251 de la ley 19.550 cuando nos habla de la violación, por parte de ese acuerdo, de la ley, estatuto o reglamento, sin perjuicio de reiterar que la fórmula empleada por el legislador debe ser entendida en forma amplia, comprensiva de todo defecto en la convocación y celebración del acto, referentes, en definitiva, a la legitimidad del acuerdo final adoptado.

Cuando la ley se refiere a la adopción de una resolución en violación de la ley, no se refiere, como es obvio, a la ley 19.550, sino a todo el ordenamiento jurídico en general. Tampoco queda circunscrita la acción de impugnación a la trasgresión expresa de disposiciones legales formales, pues muchas veces, más allá de la aparente legalidad de la decisión social, ésta puede encubrir una desviación indebida del interés social, en virtud de resultados que sólo interesan a un grupo de accionistas, en detrimento de los derechos de los accionistas minoritarios, configurándose lo que la doctrina ha llamado "abuso de mayorías" como aplicación particular al campo societario de la teoría del abuso del derecho, consagrada en nuestro derecho positivo en el derogado art. 1071 del Código Civil y hoy por el más completo art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Ello nos lleva nuevamente al tema del interés social, al cual ya nos hemos explayado al estudiar los arts. 233, 241 y 248 de la ley 19.550, al cual corresponde remitir, reiterando sólo, como resumen de lo allí expuesto, que si bien el principio mayoritario que gobierna a las decisiones asamblearias es el instrumento de expresión de la voluntad del interés de 1a sociedad, ello no significa que ese principio pueda convertirse en una herramienta dirigida a imponer un abuso del poder, tras la búsqueda de un fin particular que vulnere los derechos de quienes no se han adherido a contribuir a la formación de la mayoría(466). "El carácter de decisión violatoria de la ley y del estatuto, a ojee hace referencia el art. 251 de la ley 19.550 — ha dicho la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, en un ejemplar fallo — y que da origen a la acción de nulidad de acuerdos asamblearios, no puede quedar reducida a la violación expresa de normas legales formales, sino que comporta la preservación de un sistema de conductas que serán o mencionadas por la norma o inducidas de ésta, conclusión que es válida en todo el campo de lo jurídico, pero particularmente significativa en el terreno societario, puesto que en él, la voluntad de los socios — deducible del estatuto, pero también de un comportamiento histórico — ha establecido casi automáticamente un régimen que es a la vez una aventura, que coordina la conducta individual y el interés de los socios, sin que importe el tipo de sociedad de que se trata"(467).

El interés social predica, en definitiva, que los accionistas, para formar y expresar la voluntad del órgano, y trasladar los efectos de esa declaración al sujeto de derecho, deben dirigir sus propias voluntades individuales hacia la finalidad fundamental para la cual la sociedad ha sido constituida, esto es, hacia una provechosa gestión del patrimonio social en interés común de las socios como tales, es decir, siguiendo a De Gregorio, como personas vinculadas para una ventajosa gestión social, y no como personas libres de sacar de ésta una ventaja personal, aun alcanzada con el sacrificio del ente. Esto es lo que se denomina como el "fin societario" que gobierna todo el funcionamiento de los órganos societarios, y ello no significa que todo lo que es provechoso para la sociedad resulta compatible con el interés social, pues éste supone también y necesariamente el pleno respeto del sistema societario en su totalidad, con fundamento en el contrato plurilateral que le ha dado origen, que supone la satisfacción de todos los intereses que están en juego. Lo contrario implicaría adherirse a la teoría institucionalista de la sociedad, que entra en pugna con la intención del legislador plasmada en el art. 1º de la ley 19.550, en el cual ha sentado una definitiva postura sobre la naturaleza. jurídica del acto constitutivo,

lo que importa no tanto oras posición doctrinaria, como la aplicación de una serie de consecuencias vinculadas al esquema normativo que se sintetiza en el concepto de sociedad comercial y a su interpretación como contrato(468).

La aplicación jurisprudencial de estos principios ha sido, en nuestro medio, amplia y frecuente, invalidándose acuerdos sociales destinados a impedir el ingreso de minorías en el directorio de la sociedad mediante el procedimiento previsto en el art. 263 de la ley 19.550, ya sea con la redacción del número de sus integrantes(469), creando un consejo de vigilancia, para que el voto acumulativo se ejerza exclusivamente para la elección de sus integrantes(470), o finalmente constituyendo la mayoría una minoría ficticia superior a la que pretende ejercer el derecho previsto por el art. 263 de la ley 19.550(471), maniobras, todas éstas, que fueron advertidas por los legisladores de 1983, los cuales, con las reformas efectuadas por la ley 22.903 al articulado original de la ley 19.550 (arts. 263 y 280), consagraron normas expresas destinadas a evitar esos abusos.

Del mismo modo, la jurisprudencia ha declarado la nulidad de constitución de reservas facultativas(472)así coma la capitalización de utilidades(473), cuando mediante esos procedimientos, y más allá del cumplimiento formal de los requisitos legales previstos para la adopción de esos acuerdos, se intentaba frustrar el derecho al dividendo del accionista, no siendo aislados tampoco los fallos que han suspendido provisoriamente el aumento del capital social resuelto con el único objeto de reducir la participación de uno o varios accionistas(474)

§ 7. Presupuestos para la acción de impugnación de acuerdos asamblearios. (Segunda parte)

7.1. Legitimación activa para promover la acción impugnatoria de asambleas de accionistas

7.1.1. Consideraciones generales

Uno de los aciertos de la ley 19.550 fue terminar con el confuso panorama que el Código de Comercio ofrecía acerca de la legitimación activa para promover la acción de nulidad del acto asambleario, pues la fórmula empleada por el art. 353 de este último cuerpo legal, en cuanto concedía "a todo accionista" el derecho de "protestar de las deliberaciones de la asamblea y ejercitar la acción de nulidad o pedir la suspensión de la ejecución de la medida...", daba margen para interpretar esa disposición en sentido amplio, con posibilidad incluso para el accionista que votó favorablemente el acuerdo impugnado de cuestionar posteriormente esa decisión. Del mismo modo y de conformidad con los términos de aquella norma, podía interpretarse que la acción de nulidad de la decisión

asamblearia era diferente e independiente de la acción de suspensión de ella, gobernada también por normas diferentes[475].

Los problemas de interpretación del art. 353 del Código de Comercio y las discrepancias doctrinales suscitadas en su torno, pueden ser advertidas de la simple lectura de lo expuesto por Siburu[476], Castillo[477], Rivarola[478]y Garo[479], entre otros.

Se imponía clarificar el panorama, y la reforma al régimen societario efectuada por la ley 19.550 lo hizo, sin lugar a dudas, consagrando expresas normas sobre los sujetos legitimados para promover la acción impugnatoria de acuerdos asamblearios; pero, oportuno es señalarlo nuevamente, dichas previsiones son aplicables exclusivamente para los casos de nulidad relativa del acto colegiado o de una decisión asamblearia, pero no comprenden los supuestos de nulidad absoluta de esos actos, cuya invalidez no puede ser atacada por la acción de impugnación prevista en el art. 251 de la ley 19.550, sino por la acción ordinaria de nulidad, con posibilidad —esta última— de ser promovida incluso por ciertos terceros interesados en hacerlo[480], y fuera del término de prescripción aludido por aquella disposición legal.

Del mismo modo, la ley 19.550 terminó con la interpretación de que la acción de nulidad del acto asambleario era demanda independiente de la suspensión provisoria de ella, estableciendo la accesoriedad y dependencia de esta última con respecto a la primera, atento a su carácter precautorio o cautelar, gobernada, obviamente, en cuanto a la legitimación correspondiente, por las mismas disposiciones legales reservadas para la acción de fondo.

De conformidad, pues, a lo dispuesto por el art. 251 de la ley 19.550, en su versión original, estaban legitimados para promover la acción de impugnación del acto asambleario:

1. Los accionistas ausentes o que no votaron favorablemente;

2. Los accionistas que votaron favorablemente cuando su voto es anulable por vicio de la voluntad o la norma violada es de orden público.

3. Los directores;

4. Los síndicos;

5. La autoridad de control;

Más allá de sus aciertos, es dable señalar que el texto primitivo de la ley 19.550 adolecía de ciertas omisiones (por ejemplo, la indudable legitimación del consejo de vigilancia como órgano, o de sus consejeros individualmente, que la doctrina admitió pacíficamente, más allá del silencio de la ley), y no aclaraba otra cuestión sobre la cual existía una polémica de muy antigua data, cual era la posibilidad de intentar la acción impugnatoria por aquel que no era accionista al momento de la celebración de la asamblea, pero que lo era con posterioridad a ese acto,

como consecuencia de la adquisición ulterior de las acciones al accionista que había estado ausente en el acto asambleario supuestamente viciado.

Bien se podía sostener, a la luz de la fórmula empleada por el texto original del art. 251 de la ley 19.550 —que ninguna distinción formulaba sobre el particular—, que dicho silencio podía ser interpretado como aceptación tácita de la posibilidad del cesionario de las acciones de que era titular el accionista ausente al momento del acto atacado, de iniciar la acción impugnatoria, pero también, como lo destacó un trascendente fallo dictado durante la vigencia de ese texto legal[481], el silencio de la ley podía ser interpretado en sentido contrario, por cuanto el art. 251, al atribuir derecho a los socios ausentes o disidentes de impugnar un acuerdo asambleario, aludiendo también a quienes votaron favorablemente, si su voto es anulable, significaba que la ley societaria había tenido en cuenta a quienes eran socios "al momento" de la celebración de la asamblea, y no a quienes habían adquirido las acciones con posterioridad a ese acto.

Sin perjuicio de volver sobre este tema, al cual nos referiremos con mayor amplitud al estudiar la legitimación del accionista ausente, señalaremos que la ley 22.903, de 1992, reformadora de la ley 19.550, se adhirió al criterio expuesto en el fallo precedente, otorgando legitimación para impugnar el acto asambleario a los accionistas ausentes que hubieran acreditado la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada, con lo cual cerró la polémica y consagró legislativamente una tesis restrictiva, sobre la cual formularemos nuestras reservas en la oportunidad antes señalada.

La ley 22.903, asimismo, modificó el texto original de la ley 19.550, suprimiendo la posibilidad de impugnar el acuerdo asambleario por quien lo había votado favorablemente, cuando la norma violada es de orden público, pretendiéndose con ello, a mi juicio, eliminar toda posibilidad de excluir de la acción impugnatoria prevista por el art. 251 de la ley 19.550 a los supuestos de nulidad absoluta, a fines de gobernar toda esta disciplina por las soluciones previstas en esta disposición legal, cualquiera que sea la naturaleza del vicio que afecta al acto atacado. El legislador de la ley 22.903, si bien no brindó fundamento alguno en su Exposición de Motivos sobre la eliminación de la referencia al orden público que hacía el texto original del art. 251, ello puede ser deducido del segundo párrafo del punto 17 de la sección V de dicha Exposición, cuando explicó las reformas efectuadas a esta disposición legal, en especial sobre la abreviación del plazo de "caducidad" de seis a tres meses, computando la necesidad de dar seguridad a decisiones que se vinculan con la estabilidad de un sujeto de derecho que constituye, en definitiva, un orden jurídico de segundo grado. Sobre el particular, y si bien somos enemigos de las remisiones, consideramos que basta en esta oportunidad hacer referencia sólo a las modificaciones efectuadas por la ley 22.903 al texto original del art. 251 de la ley 19.550, sin explayarnos sobre una cuestión que requiere su debida profundización. Volveremos, pues, sobre el tema al tratar específicamente la legitimación de los accionistas que votaron favorablemente la decisión impugnada.

Finalmente, la ley 22.903, corno era de esperar, subsanó la omisión del primitivo art. 251 de la ley 19.550 e incluyó a los miembros del consejo de vigilancia como

sujetos legitimados para promover la acción impugnatoria del acuerdo asambleario, lo cual era de toda lógica, pues el interés en adecuar el funcionamiento de la sociedad a los parámetros legales constituye tarea específica de dicho órgano y su omisión en el texto original del ordenamiento societario no había respondido a otro fundamento que a su involuntaria omisión.

Analizaremos a continuación la problemática que presenta la ley 19.550 sobre la legitimación de cada uno de los sujetos autorizados por este cuerpo legal para promover la acción prevista por el art. 251 de ese cuerpo normativo.

7.2. Los accionistas

7.2.1. Los accionistas que no votaron favorablemente la decisión impugnada

Sobre la legitimación de los accionistas que no votaron favorablemente la decisión impugnada se presentan pocos problemas de interpretación, pues no caben dudas de que, dentro de la fórmula empleada por el art. 251 de la ley 19.550, quedan comprendidos los accionistas que votaron en contra de la respectiva decisión, aun cuando no haya dejado a salvo su derecho de impugnarla judicialmente ni haya fundamentado el voto negativo en oportunidad de emitir su voto(482).

Asimismo, quedan incluidos en la norma los accionistas presentes en la asamblea que se hubieran abstenido de votar, y ello por varias razones de igual importancia: 1) Por cuanto la ley 19.550 no obliga a los accionistas presentes a emitir su voto en un sentido o en otro; 2) Además de ello, porque los accionistas abstenidos no han contribuido a formar la mayoría, es decir, no han votado favorablemente la decisión atacada; y 3) Por la naturaleza social que reviste la acción impugnatoria de acuerdos sociales(483).

La ley 19.550 —y esto vale tanto para los accionistas presentes como ausentes, cualquiera que haya sido el voto de los primeros—, si bien exige la calidad de socio del impugnante al momento de la celebración de la asamblea que se impugna, no exige determinada tenencia accionaria para iniciar la acción impugnatoria de una decisión asamblearia, a diferencia del ejercicio de otros derechos societarios (arts. 107, párrafo segundo, 236, párrafo primero, y 294, incs. 6º y 11). Basta, pues, según lo dispuesto por el art. 251 de la ley 19.550, revestir el carácter de accionista a la fecha de la asamblea en cuestión, para estar legitimado activamente(484)a los fines de promover la acción impugnatoria.

Sin embargo, y a pesar de que, como se afirmó, el ordenamiento societario no requiere que el accionista impugnante sea titular de un determinado porcentaje accionario para legitimarse activamente a los fines de promover la acción judicial prevista por el art. 251 de la ley 19.550, la cuestión no se presenta pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia, en tanto algunos fallos judiciales, bien que aislados, han requerido tal requisito por vía indirecta, con el argumento de que no existe interés legítimo que proteger mediante la nulidad de lo resuelto en una asamblea de accionistas cuando los impugnantes carecen de los votos

necesarios para lograr las mayorías previstas legalmente a los fines de obtener una resolución favorable a su propuesta(485).

Del mismo modo, y en un caso donde se debatió la validez del procedimiento de voto acumulativo empleado en la asamblea impugnada, se resolvió que correspondía rechazar esa demanda de nulidad, cuando en ningún caso los accionistas que votaron mediante el sistema previsto por el art. 263 de la ley 19.550 y aún con el apoyo de algunos votos sueltos pudieron haber designado un solo director y ello aún cuando la asamblea hubiera renovado totalmente el directorio y designado la totalidad de sus integrantes(486).

Finalmente y con la misma orientación se sostuvo, en el caso "Nikitovich Paul c/ Perfiltra Sociedad Anónima s/ sumario", dictado por la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en fecha 24 de junio de 1999, y al cual ya hemos hecho referencia, que si al momento de impugnar un acto asambleario, el actor era titular del 20 por ciento del capital accionario, no se advierte con esa tenencia minoritaria, que el voto de aquel en la asamblea impugnada hubiera podido alterar la voluntad social y evitar la adopción de las decisiones asamblearias apoyadas por quienes representaban el otro 80% del capital social; de donde cabe inferir que no aparece claramente demostrada la utilidad del reclamo de impugnación de las decisiones sociales, teniendo en cuenta que en esta materia no cabe prescindir del interés de la declaración de la nulidad.

La doctrina que emana de esos precedentes, afortunadamente aislados, resulta inadmisible, pues suponen un absoluto desconocimiento de los principios democráticos que gobiernan la adopción de las decisiones sociales e implica, finalmente, el aniquilamiento de los derechos de las minorías, las cuales deberán aceptar —de triunfar tan absurdo criterio— el más despótico vasallaje por parte del grupo de control. Es más, tal razonamiento —salvo el caso del voto acumulativo, por sus propias características— resulta totalmente contradictorio, pues si se exige, a los fines impugnatorios, que el socio o accionista debe tener los votos necesarios para hacer triunfar su moción, éste jamás necesitaría impugnar un acuerdo asambleario, en tanto con sus votos es quien forma la voluntad social, revistiendo entonces el carácter de controlante (art. 33 de la ley 19.550) y no de minoría, con lo cual el argumento en análisis pierde todo sentido.

Parece forzoso concluir que las cuestiones societarias no pueden ser resueltas solo por la cantidad de acciones con las que cada socio cuente, pues como ha resuelto la jurisprudencia mayoritaria, plantear tal argumento y darle aplicación no implicaría sino convalidar la tiranía de los socios mayoritarios, lo que es algo absolutamente distinto al fino mecanismo instituido por el ordenamiento societario en punto al gobierno de la mayoría y además importaría olvidar la relevancia de respetar ciertos requisitos de forma necesarios para dar transparencia al manejo intra y extra societario(487).

Del mismo modo, tampoco podría rechazarse una demanda de impugnación asamblearia basado en la presunción —como fue resuelto en el caso "Vistalba Sociedad Anónima c/ Banco de Galicia y Buenos Aires Sociedad Anónima", dictado por la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el 11 de diciembre de 1986— de que la participación accionaria del impugnante es

insuficiente para trascender en la nueva decisión asamblearia que sea consecuencia de la invalidez decretada judicialmente, pues de lo contrario se corre el riesgo de fallar en el solo homenaje de la ley, lo cual es inadmisible. Este criterio fue objeto de un comentario de mi autoría, en el cual cuestioné la doctrina de tal precedente, que si bien se refería a un problema de voto acumulativo, sus consecuencias podían ser extendidas cualquiera que fuese la naturaleza del vicio que afectaba la decisión asamblearia, en especial aquellas que adolecen de vicios formales, las cuales, de seguirse tal orientación jurisprudencial, no podrían ser atacadas de nulidad si los impugnantes no pudieran alterar el sentido de la votación en la asamblea convocada como consecuencia del pronunciamiento judicial invalidatorio. Es, pues, evidente que con esa solución se desvirtúa la naturaleza de la acción impugnatoria y se exige un requisito para su procedencia, que la ley no prescribe, pues a los fines de ejercer el derecho previsto por el art. 251 de la ley 19.550 basta la violación, en cualquiera de las etapas formativas de la voluntad social, de normas legales o disposiciones estatutarias o reglamentarias y lo que pueda suceder posteriormente, en otro acuerdo eventualmente confirmatorio de la decisión nulificada es cuestión absolutamente independiente y ajena a lo que realmente aconteció en el acto atacado de nulidad, pues nada hace presumir que quienes concurrieron a este acto sean los mismos que concurran al acto asambleario posterior, ni que el sentido de sus votos sea necesariamente idéntico al emitido en el acuerdo anterior.

De manera tal entonces que, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos de la minoría, no se exige al accionista o a la pluralidad de ellos que impugnan una asamblea que éstos reúnan un determinado porcentaje del capital social[488], y está bien que ello sea así pues carece de todo sentido permitir la participación de un socio o un accionista en una compañía mercantil, si éste carece de instrumentos legales para defenderse en caso de que el grupo mayoritario haya optado por la ilegalidad en su actuación.

No se trata de asimilar el caso a otros supuestos en que el legislador societario ha requerido la titularidad de un determinado número de acciones para el ejercicio de ciertos derechos, como se trata el caso de la convocatoria administrativo o judicial a asamblea o el pedido de información a la sindicatura (arts. 236 y 294 de la ley 19.550), sino de garantizar el ejercicio de las facultades que asiste a todo integrante de una comunidad de intereses para evitar el irregular funcionamiento del ente. Sobre esta base, cualquier pretensión de modificar la ley de sociedades requiriendo un determinado número de acciones para promover acciones sociales implica un verdadero despropósito.

Ahora bien, el carácter de accionista de quien impugna un acto asambleario debe ser acreditado suficientemente, bastando al respecto la exhibición de los títulos accionarios, o un certificado bancario que acredite la calidad de tal al momento del acuerdo atacado.

La sanción de la ley 24.587 de Nominatividad de las Acciones, que puso fin a la circulación de acciones al portador, a las cuales convirtió de pleno derecho en nominativas no endosables, hizo perder sentido a aquella doctrina que, vigente desde la sanción del Código de Comercio, disponía que la exhibición de los

títulos accionarios constituía la única forma de acreditar el carácter de accionista, tesis que encontraba fundamento en el equivocado criterio de considerar a las acciones como una modalidad de los títulos de crédito, caracterizados por los principios de necesidad, literalidad y autonomía, criterio que, de alguna manera encontró respaldo legal en el art. 226 de la ley 19.550, en cuando dispone que las normas sobre títulos valores se aplican a las acciones en cuanto no son modificadas por dicha ley.

Justo es reconocer que con anterioridad a la ley de nominativización obligatoria, vigente en nuestro país desde el año 1996, la jurisprudencia se había flexibilizado en torno a la cuestión de la prueba del carácter de accionista en una sociedad anónima, habida cuenta que las denominadas sociedades anónimas "cerradas" o "de familia", la emisión de los títulos accionarios era una formalidad casi nunca llevada a cabo, pero no es menos cierto que aquella normativa, al eliminar las acciones al portador, permitió acreditar tal extremo con suma facilidad, mediante las constancias del libro de registro de acciones previsto por el art. 213 de la ley 19.550, por lo que actualmente es corriente jurisprudencial prácticamente unánime aquella que sostiene la libertad de prueba sobre el carácter de integrante de una sociedad por acciones.

Si los títulos accionarios no hubieran sido emitidos o se encontraren retenidos en la sociedad por cualquier concepto, basta la exhibición de copia certificada del Libro de Registro de Acciones que prevé el art. 213 de la ley 19.550 o del Libro de Asistencia de Asambleas en el folio correspondiente a la asamblea de que se trata (art. 238, tercer párrafo, de la ley 19.550) —para los accionistas que estuvieron presentes en el acto y cuyo derecho a solicitarla, en este último caso surge de lo dispuesto por el art. 249 de este cuerpo legal—, documentación que puede ser requerida judicialmente mediante las medidas procesales previstas por los arts. 323 y 388 de nuestro ordenamiento de forma.

Si los títulos hubieran sido extraviados o robados, atento a que por la ley 24.587 ha establecido el necesario carácter nominativo no endosable de los títulos representativos de las sociedades por acciones, el impugnante debe acreditar la iniciación los trámites correspondientes al procedimiento de cancelación previsto por los arts. 89 y ss. del decreto 5965/1963 —art. 226 de la ley 19.550 y su Exposición de Motivos—, como requisito previo para demandar la nulidad del acto asambleario impugnado, y cumplir con lo dispuesto por aquella disposición legal. Dicho procedimiento debe ser sólo iniciado, y no concluido a los efectos antes señalados, pues la promoción de las acciones impugnatorias debe ser considerada acto conservatorio en los términos del art. 91 del decreto 5965/1963.

En el caso de que las acciones de titularidad del impugnante revistiesen la forma de escriturales, bastará, a los efectos legitimantes de la demanda impugnatoria prevista por el art. 251 de la ley 19.550, acompañar la constancia de su saldo en la cuenta correspondiente (art. 208, penúltimo párrafo, de la Ley de Sociedades).

Si las acciones estuvieran prendadas en favor de terceros, el acreedor deberá depositarlas en el juicio de impugnación, o entregarlas al accionista, a los fines de promover la acción, cumpliendo el imperativo legal que al acreedor prendario

le impone el art. 219 de la ley 19.550, que lo obliga a facilitar el ejercicio de los derechos del propietario de las acciones.

Por último, tratándose de la impugnación de una asamblea o de una reunión de socios de una sociedad que no sea anónima, se debe distinguir: 1) Si se trata de una sociedad por parte de interés, basta con acompañar el contrato social o sus modificaciones, de donde surja el carácter de titular del impugnante, aun cuando el instrumento de cesión de parte social no se haya inscrito en el Registro Público (art. 12, primer párrafo, de la ley 19.550), siempre y cuando se haya cumplido con el régimen de mayorías previsto por los arts. 131, 139 y 145 de dicha ley. 2) Si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, resultará suficiente, para el cesionario de las cuotas adquiridas con anterioridad al acto impugnado que no haya inscrito esa transferencia en el Registro Público de Comercio, acompañar el contrato social de donde surja el carácter de socio del cedente, y la constancia de la recepción, por parte de la sociedad, del ejemplar o copia del título de la cesión, en los términos del art. 152, segundo párrafo, de la ley 19.550.

Se ha planteado en Tribunales en reiteradas ocasiones, el caso del vendedor de las acciones que no ha percibido en su totalidad el precio estipulado y no habiendo entregado la totalidad de los títulos enajenados, con base a lo acordado en el contrato de compraventa de acciones, ha promovido una acción de nulidad de un acto asambleario, afirmando que, hasta tanto dichos títulos fuesen entregados, el vendedor no perdía el ejercicio de los derechos políticos emergentes de las mismas. La jurisprudencia, con toda razón, le ha denegado legitimación al enajenante de las acciones, basada fundamentalmente en el carácter consensual del contrato de compraventa comercial, "...pues en tanto los vendedores no ejercieron el pacto comisorio, deviene improcedente considerar sin audiencia de los compradores si el paquete accionario fue transmitido íntegramente al celebrarse la venta o se trató de una compraventa escalonada"[(489)].

Otro problema cuya solución divide a la jurisprudencia gira en torno al fallecimiento de un accionista y el derecho de sus sucesores de promover acciones de nulidad de acuerdos asamblearios contra la sociedad que aquel integraba, habiéndose exigido en más de una oportunidad que los herederos deben inscribir la transferencia "mortis causa" en el libro de registro de acciones con carácter previo al ejercicio de los derechos sociales, habida cuenta el carácter constitutivo del carácter de socio que reviste la inscripción que en aquel libro social, a tenor de lo dispuesto por los arts. 213 y 215 de la ley 19.550.

La cuestión no ofrece problemas cuando fue judicialmente designado el administrador del sucesorio en los términos del art. 712 del Código Procesal, pues este funcionario se encuentra habilitado a promover todas las demandas que considere convenientes, en protección de los bienes que componen el acervo hereditario, entre las cuales se incluye la acción prevista por el art. 251 de la ley 19.550, que, analizada desde esta perspectiva, constituye, como principio general, un acto de administración de los derechos societarios que eran de titularidad del causante.

El problema se presenta, sin embargo, cuando no existe administrador provisorio designado y la demanda de impugnación fue promovida por los herederos declarados del accionista fallecido, cuyo acervo sucesorio permanece en estado de indivisión; ¿Pueden serle exigido a los mismos, como requisito imprescindible de legitimación activa, la registración de la transferencia mortis causa en el libro de acciones de la sociedad emisora, ya fuere a título de condominio o a nombre de cada uno de los sucesores, luego de la correspondiente partición?

Consideramos que tal requisito no puede ser exigido, pues aún cuando no se haya cumplido con el referido trámite de registración en los términos del art. 215 de la ley 19.550, dicho extremo no puede erigirse en fundamento válido para impedir el ejercicio de la acción de nulidad de una asamblea por los herederos de un accionista fallecido, subsistente el estado de indivisión de los bienes sucesorios. Ello es así pues ello importaría colocar a la sucesión y sus herederos en un estado de virtual indefensión hasta tanto se produzca la partición que ponga fin a la indivisión hereditaria(490), al propio tiempo que se consumaría un exceso de rigor formal frente a una realidad sustancial, constituido por el reconocimiento que, en la práctica, todos los interesados, efectuaron en torno a la calidad de herederos del socio fallecido.

La jurisprudencia administrativa de la Inspección General de Justicia ha avalado este criterio en las resoluciones dictadas en los expedientes "Cerrito Car Sociedad Anónima" y "Perú Automotores Sociedad Anónima", dictadas en el año 2004(491)y reciente jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles han llegado a la misma conclusión(492), basado en el hecho de que la ley 19.550 no puede ir en contra de los principios generales previstos por el derecho común, como lo configura el art. 2337 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto dispone que, cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia, pudiendo ejercer todas las excepciones transmisibles que correspondían al causante. Dicho principio —se recuerda— abreva del principio general previsto por el art. 2280 del mismo ordenamiento legal, cuando, refiriéndose a la situación de los herederos, dispone que desde la muerte del causante, éstos gozan de todos los derechos y acciones de aquel de manera indivisa, normas que quedarían derogadas en la práctica societaria, si se insiste en otorgar a la inscripción prevista por el art. 215 de la ley 19.550, un efecto del que carece desde todo punto de vista.

Finalmente, y siempre vinculado al tema de la legitimación activa para promover la demanda prevista por el art. 251 de la ley 19.550, no debe olvidarse —como fuera expuesto en el capítulo anterior— que dicha acción procede cuando existe una lesión al interés de la sociedad y por consiguiente, al interés del socio como partícipe de la misma, pues dentro del concepto de interés social se encuentra no solo la obtención de las ganancias esperadas por los socios fundadores, sino el correcto funcionamiento de los órganos sociales y, por sobre todas las cosas, el respeto irrestricto del ejercicio de todos los derechos de quienes integran la sociedad. De donde se desprende que la violación al derecho de información, al dividendo, a la deliberación o a la libre emisión del voto —además de los

derechos económicos que emergen de la calidad de accionista— constituye suficiente presupuesto para intentar aquella demanda social, en tanto los mismos trascienden los meros derechos particulares del socio, insusceptibles de ser ventilados por ésta vía.

Así fue dicho por la jurisprudencia en el caso "Sichel Gerardo c/ Boris Garfunkel Sociedad Anónima", del 13 de agosto de 1985, donde fue expresado que el art. 251 de la ley 19.550, al otorgar el derecho de impugnar decisiones asamblearias a los socios ausentes o disidentes, lo hace fundándose en que dicho derecho corresponde al socio impugnante en ejercicio de un derecho subjetivo propio, a fin de que las deliberaciones se tomen conforme a la ley y al acto constitutivo, por lo cual, cuando dicho derecho subjetivo resulta lesionado, nace para el accionista un derecho subjetivo de carácter subrogatorio para la anulación de la deliberación[493].

7.2.2. Los accionistas ausentes

En cuanto a la legitimación de los accionistas ausentes para promover la acción impugnatoria prevista en el art. 251 de la ley 19.550, esta norma, en su actual redacción, exige la acreditación de su calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada.

Ni el Código de Comercio ni la ley 19.550, en su texto primitivo, adoptaban esta solución, no obstante lo cual el tema fue objeto de discrepancias en la doctrina nacional y extranjera.

Durante la vigencia de aquél, nuestros autores habían coincidido en la legitimación que asistía a quien había adquirido las acciones con posterioridad al acto asambleario de demandar la nulidad de éste, y se fundaban en numerosas razones para llegar a esa conclusión: a) Que el art. 353 del Código de Comercio no hacía diferencias, otorgando el derecho de impugnar los acuerdos asamblearios a "todo accionista"; b) Que el ejercicio de la acción impugnatoria por parte del accionista es una función social, porque con el título adquiere todos los derechos inherentes a su calidad de accionista, sin consideración a las personas. Prueba de ello, ejemplificaba Siburu, es el hecho de que el accionista pueda recoger intereses y dividendos no cobrados que eran exigibles ya antes de la adquisición de las acciones, c) En las sociedades anónimas, como regla general, los derechos no están subordinados al elemento personal, que es pasajero y mudable, sino al elemento real, el capital, que es permanente y seguro. d) Finalmente, que es muy difícil establecer o probar si el accionista impugnante lo era ya en el momento en que la asamblea adoptó la resolución impugnada o lo fue con posterioridad, tomando en cuenta que las acciones son por lo general al portador, trasmisibles sin otra formalidad que la simple tradición.

Al contrario, la posición inversa había sido consagrada en un trascendente fallo de la Corte de Casación de Roma del 28 de marzo de 1903, conforme al cual el derecho de impugnar las deliberaciones de la asamblea sólo corresponde a quien era socio en el momento de la resolución ilegal, y no a quien

posteriormente se hizo accionista, pues éste, con su ingreso voluntario en la sociedad, aceptó el estado de hecho y de derecho en que la sociedad se halla.

El silencio de la ley 19.550 podía ser interpretado como permisivo para el cesionario de las acciones, aunque, como también se ha señalado, la redacción del art. 251 de la ley 19.550 daba margen para entender, como lo hizo un fallo que renovó el interés sobre el tema, que el legislador requería el carácter de accionista al momento de la celebración de la asamblea atacada de nulidad.

Por mi parte, he sostenido, antes de las leyes de nominatividad obligatoria de las acciones, que la solución que brinda la actual redacción del art. 251 de la ley 19.550 —el cual se inclina por la tesis restrictiva— no resulta convincente, por la dificultad de acreditar el carácter de accionista de quien ha adquirido los títulos al portador con anterioridad a la asamblea y ha estado ausente en dicho acto, no obstante lo cual sostuve que dicho carácter debía ser presumido por la concurrencia a otras asambleas anteriores o por el ejercicio de los derechos patrimoniales o políticos ejercidos con anterioridad a la asamblea en cuestión.

Por el contrario, Bollini Shaw se adhirió al criterio de la ley 22.903, justificando la reforma efectuada por ésta a la ley 19.550, sosteniendo que, de todas maneras, el accionista que no lo era a la época de la asamblea puede solicitar la convocatoria de una asamblea posterior que decida lo contrario, argumento que no nos resulta convincente si se advierte que, por el efecto retroactivo que supone una eventual decisión asamblearia confirmatoria (art. 254 in fine de la ley 19.550 y art. 1065 del Código Civil), aquél se hallaría, en definitiva, habilitado para promover la acción impugnatoria de la misma decisión asamblearia.

Cabe reconocer que esas dificultades con respecto a la prueba del carácter de accionista de quien no había concurrido al acto asambleario atacado han sido superadas por la sanción de la ley 24.587, de nominatividad obligatoria de los títulos-valores privados, teniendo en cuenta el carácter constitutivo de los derechos de socio que otorga la inscripción de las trasferencias de ellos en el libro de registro de acciones, con lo cual el obstáculo señalado parece haber sido enervado. Pero ello no resulta decisivo para adherir a la solución prevista por el actual art. 251 de la ley 19.550, y no puedo coincidir con el profesor de la Universidad de Córdoba, Horacio Roitman, quien sostiene que con la reforma efectuada por la ley 22.903 se ha perfeccionado la norma del art. 251 de aquella ley, que consagra —a juicio de ese autor y siguiendo al citado fallo "De Carabassa"— un derecho subjetivo propio, y que ante una enajenación de un título accionario no se trasmiten los derechos de naturaleza personal de carácter potestativo que quedan excluidos de la posibilidad de una adquisición a título derivado.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, viene sosteniendo en reiteradas ocasiones, que el derecho de impugnación previsto por el art. 251 de la ley 19.550 no es un derecho incorporado a la acción, sino que surge en el accionista al ser lesionados sus derechos y compete al socio, sin que tenga influencia en ello el número de acciones poseída[494].

Soy de la opinión, contrariamente con lo expuesto, que el accionista que impugna una asamblea actúa en defensa de la sociedad, ejerciendo una función de tutela de ésta, y por ello, nada justifica negar la legitimación activa al accionista que ha llegado a ser tal como consecuencia de la adquisición de los títulos con posterioridad al acto impugnado. No compartimos tampoco la afirmación, anteriormente expuesta, de que el derecho de impugnar una asamblea constituye un derecho personal de carácter potestativo, sino que constituye, al contrario, un derecho que sólo puede ejercer quien reviste el carácter de accionista que debe acreditar al momento de promover la demanda impugnatoria. La compra de las acciones supone, por definición, la transmisión a favor del adquirente, de todos los derechos que comprende el estado de socio, entre los cuales se halla el derecho de impugnar la decisión asamblearia que estime violatoria de la ley, estatuto o reglamento, por lo que, cualquier diferencia que pretenda hacerse entre los derechos incorporados al título y los derechos subjetivos del socio, constituye un argumento absolutamente artificial, construido desde la ficción y alejado totalmente de la realidad de las cosas, pues todos los derechos del socio nacen desde que éste adquiere —de manera originaria o derivada— el carácter de tal y no, como predica esa doctrina judicial, cada vez que la sociedad se aparta del camino de la ley o del estatuto.

Como bien afirma Brunetti, la acción no incorpora un derecho de crédito ni un derecho real, sino un status al que van unidos derechos de especial naturaleza y especiales obligaciones, entre los cuales figura, conforme al autor citado, y bajo el título de "derechos individuales y sociales", el de impugnar los acuerdos asamblearios. Ello no implica aceptar que quien haya votado favorablemente determinada resolución pueda, por medio de la adquisición de una acción de un socio ausente o disidente, ejercer la acción impugnatoria, pues, como manifiesta Candian, aquél debe soportar la preclusión y límites que estos derechos sufren antes de su transmisión, pues lo contrario importaría admitir que el accionista que votó favorablemente en el acto asambleario, pueda volver sobre el sentido de su voto, que resulta incompatible con la doctrina de los propios actos, la cual es, en definitiva, y siguiendo un fallo judicial, la ratio legis de excluir de la legitimación para impugnar a los accionistas que votaron favorablemente: la presunción de ausencia de buena fe y la falta de seriedad que significa votar en favor para luego pedir la nulidad, yendo precisamente contra sus propios actos

La doctrina emergente del fallo de la Corte de Casación de Roma de 1903, en cuanto parte de la idea de que el cesionario, al ingresar voluntariamente en la sociedad acepta el estado de hecho y de derecho en que aquélla se halla, tampoco nos seduce, pues no es lógico pensar que si la oposición no la hizo valer el accionista que trasmite el título, la deliberación deba necesariamente quedar firme, no obstante que sea contraria a las leyes o a las normas estatutarias. El socio acepta, sí, el estado de hecho existente, pero lo acepta sólo en el caso de que se ajuste a la escritura constitutiva, a los estatutos y a la ley.

Coincido en un todo con la doctrina elaborada por el profesor mexicano Vásquez del Mercado, para quien el derecho de impugnación es un derecho que deriva de la calidad del socio inherente a la titularidad de una cuota del patrimonio social. Como la transmisión de esta cuota implica la transmisión de toda la situación jurídica compleja, que se denomina status del socio, el adquirente se

halla en la misma posición en la cual estaba quien le trasmitió la acción, y si a éste correspondía el derecho dé impugnar determinada deliberación, no hay motivo para negar que este derecho se trasmite al adquirente, precisamente porque se trata de un derecho inherente a la calidad de socio.

En conclusión, nada autoriza a privar al adquirente de las acciones del derecho de impugnar un acuerdo social adoptado con anterioridad a esa adquisición, y menos aun la necesidad de dar seguridad a las decisiones que se vinculan con la estabilidad del sujeto de derecho puede ser fundamento para llegar a la solución contraria, pues para ello se ha establecido un plazo de prescripción muy breve para el ejercicio de las acciones impugnatorias. Consideramos mucho más satisfactoria la solución que brinda Suárez Anzorena, quien admite la legitimación de quien no ha acreditado el carácter de accionista al tiempo de la celebración de la asamblea para impugnarla, pero subordinándolo a la acreditación por parte de éste, del origen de su titularidad y la inexistencia de un consentimiento prestado con el acto o las decisiones que impugna por quien fuere titular de las acciones al tiempo de esa asamblea.

La solución legal no comprende el caso en que, habiendo fallecido el accionista antes de la celebración de la asamblea impugnada, el heredero impugnante (cesionario) haya adquirido las acciones por transmisión hereditaria, atento a su carácter de sucesor universal. Tampoco rige —como se ha dicho en más de una oportunidad— los casos de nulidad absoluta, cuya acción, de carácter imprescriptible, es reconocida, a tenor del art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación, a todos los que tengan interés en hacerlo, entre los cuales están los accionistas incorporados a la sociedad con posterioridad a la asamblea cuestionada.

Finalmente, y para concluir con la legitimación del accionista ausente, cabe destacar que asiste el derecho de impugnar las asambleas al accionista que ha asistido a la asamblea y se ha retirado del recinto antes de su conclusión, quien puede atacar de nulidad los acuerdos con posterioridad a su retiro, pues con relación a ellos debe ser considerado como accionista ausente.

7.2.3. Los accionistas abstenidos

Los accionistas abstenidos, en tanto no votaron favorablemente la decisión impugnada, se encuentran legitimados para promover la acción prevista en el art. 251 de la ley 19.550.

Bien es cierto que existe una interesante polémica en torno a la forma de computar la abstención, que alguna doctrina califica como voto negativo y otra que descuenta tal actuación a la hora del cómputo de los votos emitidos, con el argumento de que la abstención no implica adoptar un criterio en un sentido favorable o desfavorable a la moción propuesta, pero a la hora de resolver sobre la legitimación activa del accionista abstenido en el pleito de nulidad de asamblea, ello carece de toda importancia, en tanto el art. 251 de la ley 19.550 autoriza a promover la acción judicial allí prevista a todos los accionistas que no hubieran votado favorablemente la respectiva decisión.

Así lo ha aceptado la jurisprudencia en forma pacífica, con el argumento de que, como las mayorías asamblearias se computan teniendo en cuenta a todos los votos presentes que pueden emitirse y el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto (art. 243 y 244 de la ley 19.550), la situación de los abstenidos se encuentra en posición opuesta a la de los que votaron a favor, lo que los legitima a impugnar[495].

7.2.4. Los accionistas titulares de acciones preferidas sin derecho a voto

Sin perjuicio de valorar las argumentaciones expuestas por Bendersky, para quien el art. 251 de la ley 19.550, al hablar de "los accionistas que no votaron favorablemente", sólo legitima para intentar esta acción a quienes están en condiciones de emitir su voto, lo cual parece descartar a los titulares de acciones con preferencia patrimonial sin derecho a hacerlo, no se puede pretender que esos accionistas consientan resoluciones asamblearias en pugna con disposiciones legales o estatutarias, pues, como he sostenido en otra oportunidad, la marcha de la sociedad es tema en el cual se hallan interesados.

Con mayor razón están legitimados aquellos cuando una decisión asamblearia ha afectado los derechos patrimoniales que benefician las acciones de que son titulares, si aquélla es adoptada en infracción con lo dispuesto por el art. 250 de la ley 19.550. Dicha solución es la que mejor tutela a los derechos de los accionistas preferidos sin derecho de voto, para evitar que éstos queden a merced de la arbitrariedad de los accionistas que gozan de tal derecho.

7.2.5. Los accionistas con interés contrario en la respectiva decisión

Le corresponde también el derecho de impugnar el acuerdo asambleario al accionista que no votó en la respectiva decisión por estar en conflicto de intereses (art. 248 de la ley 19.550), pues la circunstancia de que la ley le imponga a éste abstenerse de emitir su voto en determinada cuestión, no implica que deba consentir la correspondiente decisión cuando ella es contraria a la ley, estatuto o reglamento.

Por otra parte, interpretando literalmente al art. 251 de la ley 19.550, no se puede dudar de su legitimación, ya que, como hemos visto, el accionista abstenido no ha votado favorablemente la decisión impugnada y aquellas personas mencionadas en los arts. 241 y 248 constituyen claros ejemplos de abstención legal, esto es, personas que carecen de capacidad de derecho para emitir su voto en virtud de una expresa decisión legal de indiscutible contenido ético.

7.2.6. El accionista que ha votado favorablemente la decisión adoptada

En principio, su legitimación es sólo admitida para el caso de que el voto afirmativo del accionista haya sido emitido con vicio de la voluntad (art. 251, primer párrafo, in fine, de la ley 19.550), es decir, cuando ese voto haya sido emitido mediante error, dolo o violencia, supuestos a los cuales resultan

aplicables los principios generales previstos por el ordenamiento común (arts. 265 a 278 del Código Civil y Comercial de la Nación). Sólo corresponde enfatizar lo siguiente:

1) El error, para ser causa de anulación del voto del accionista, debe ser de hecho, esencial y excusable, esto es, versar sobre los elementos fácticos esenciales que integran los antecedentes de la decisión asamblearia, y no sea consecuencia de una negligencia culpable del emisor (arts. 263 y 265 del Código Civil y Comercial de la Nación), quien debe poner la debida diligencia y cuidado para emitir su voto con conocimiento de los hechos y circunstancias que fundamentan el acuerdo. El error de derecho y la ignorancia de las leyes no es, al contrario, causa de anulación de un acto asambleario (art. 8º del Código Civil y Comercial de la Nación).

2) El dolo, como vicio de la voluntad, comprende tanto la acción como la omisión dolosa (art. 271 del Código Civil y Comercial de la Nación). Para que sea medio de la nulidad del acto, de conformidad con lo dispuesto por el art. 272 del Código Civil, debe ser esencial y reunir las siguientes características: a) Debe ser grave, es decir, lo suficientemente artero como para pasar inadvertido a la prudencia normal de la víctima; b) Determinante del acto, sin el cual la víctima no hubiera realizado el acto; c) que haya ocasionado un daño importante, que en materia de nulidad del voto debe ser interpretado como contributivo de la formación de la voluntad social (arg. art. 248 de la ley 19.550) y d) Que no haya habido dolo de ambas partes.

3) Ejemplos prácticos de voto anulable por vicio de dolo serían, por ejemplo, la elección de determinado director que esté inhabilitado para desempeñar ese cargo por hallarse incurso en las hipótesis previstas por el art. 264 de la ley 19.550, habiéndosele ocultado a los accionistas esas circunstancias, así como la aprobación de un aumento del capital social mediando falsedad en las causas que a juicio del directorio justifican ese incremento; la aprobación de los estados contables por su falsedad o la distribución de dividendos ficticios, cuando se ha conseguido convencer a los accionistas de la existencia de utilidades, simulando partidas en el activo o disimulándolas en el pasivo. En resumen, y trascribiendo a Castillo, habrá dolo cuando el asunto de que se trata hubiera sido presentado por los directores bajo falsas apariencias, en forma tal que el accionista, aun poniendo la atención que dispensa ordinariamente a sus negocios, no hubiera podido descubrir la verdadera naturaleza del acto.

La ley 22.903 ha reformado el texto original de la ley 19.550, que admitía asimismo la legitimación del accionista que ha votado favorablemente el acuerdo adoptado, para el supuesto de que la norma violada hubiera sido de orden público. Esa supresión no fue justificada por la Exposición de Motivos de aquella ley, aunque sí por uno de sus redactores, quien ha explicado que el sistema que adopta la actual redacción del art. 251 de la ley 19.550, resulta congruente con la disposición general del art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación, que no permite invocar la nulidad absoluta a quien ha realizado el acto, facultando únicamente a quienes tengan un interés legítimo (ausentes, disidentes o terceros perjudicados).

Es conclusión forzosa que el accionista que ha votado favorablemente un determinado acuerdo asambleario carezca de legitimación para impugnarlo posteriormente, por simple aplicación de la doctrina de los propios actos y en especial, como lo manifiesta el art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuando existió propia torpeza del accionista impugnante, pero la cuestión deja de ser tan simple cuando esa resolución social ha afectado normas de orden público, que, como hemos visto, provoca su nulidad absoluta, habida cuenta que los intereses en juego trascienden los de la sociedad y sus integrantes.

A diferencia de lo sostenido por Fargosi, no nos parece admisible que la falta de legitimación del accionista que ha votado favorablemente un acuerdo asambleario para posteriormente pedir su nulidad absoluta, pueda ser fundado en lo dispuesto por el art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual sólo impide alegar la nulidad del acto a quien lo ha ejecutado, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, y no parece acertado sostener que el votar favorablemente una decisión asamblearia pueda implicar la ejecución del acto a que se refiere aquella norma. Al contrario, la misma ley 19.550 se refiere a la ejecución de la resolución impugnada en su art. 252, cuando autoriza al accionista a solicitar, como medida cautelar de la acción de nulidad, la suspensión preventiva de la ejecución de aquélla, con lo cual se está refiriendo a la concreción, por parte del directorio o de los accionistas, de actos que son la natural consecuencia del acuerdo social impugnado. Recuérdese que en tal sentido, nuestra doctrina civilista había introducido una importante distinción al analizar la norma del art. 1047 del Código Civil, cuando admite que la nulidad puede ser opuesta aun por la parte torpe, cuando, el acto inválido no ha sido aún ejecutado, pues con ello aquél no estaría fundando un derecho en su propia torpeza, sino que pretende conservar una situación jurídica preexistente al acto jurídico celebrado. No hay razón, pues, conforme a Llambías, para negarle al sujeto torpe arrepentido la posibilidad de someterse a la ley antes de que el acto contrario a ella produzca sus efectos, habiéndose sostenido incluso que la negativa de la acción debe limitarse exclusivamente al sabedor del vicio que obró de mala fe.

En definitiva, la limitación que efectuaba el art. 1047 del Código Civil y hoy lo hace el art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación, para quien ha ejecutado el acto, vedándole alegar su nulidad absoluta, debe ser interpretado, en materia de impugnación de actos asamblearios que adolecen de tales vicios, sólo para aquellos casos en que ese accionista ha ejecutado esa resolución ilegítima, porque sólo entonces habrá perjuicios reales para la sociedad. Como bien afirma Siburu, el hecho de resolver afirmativamente, por sí solo, no perjudica, sino que lo que afecta a la sociedad es el cumplimiento efectivo de la resolución ilegítima.

La verdadera intención del legislador, con la reforma por ley 22.903 —la cual, como hemos visto, dejó sin efecto la legitimación del accionista que votó favorablemente una decisión asamblearia para pedir su nulidad, cuando aquella afectaba el orden público—, puede haber sido, a mi juicio, la de pretender eliminar toda referencia al orden público, y con ello someter todas las acciones impugnatorias de un acuerdo asambleario a las previsiones del art. 251 de la ley 19.550, incluso aquellos que adolecen de nulidades absolutas. Ello se puede

inferir de la propia Exposición de Motivos, cuando hizo referencia a la abreviación del plazo "de caducidad" a tres meses para iniciar la demanda impugnatoria, "computando la necesidad de dar seguridad a decisiones que se vinculan con la estabilidad de un sujeto de derecho que constituye, en definitiva, un orden jurídico de segundo grado", argumento que respalda las conclusiones anteriormente expuestas.

Sin embargo, y si tal fue la intención, ella lejos ha estado de ser concretada, pues como bien lo señaló un fallo judicial dictado con posterioridad a la vigencia de la ley 22.903, "...la reforma que la ley 22.903 introdujo en el art. 251, suprimiendo la referencia que contenía la última parte del primer párrafo a las nulidades absolutas (violatorias del orden público) no resulta excluyente de la aplicabilidad de lo dispuesto por los arts. 18 y 1047 del Código Civil mediando nulidades absolutas. Antes bien, cabe entender que la refuerza en tanto la redacción de 1972 podía tolerar una implicancia que, a partir de la mencionada referencia, sustentase el sometimiento a las reglas de impugnación de las resoluciones asamblearias establecidas por la ley 19.550 de todos los supuestos de nulidad, inclusive cuando fuese repugnante al orden público, ergo absolutas".

7.3. Los directores. El director accionista. El controvertido caso "Gianakis"

La doctrina nacional es coincidente en sostener la obligación de los directores de impugnar de nulidad toda resolución de la asamblea que sea violatoria de la ley, estatuto o reglamento, o haya sido adoptada con desvío del interés social. Tal actuación no constituye una mera facultad, como parecería surgir de lo dispuesto por el art. 251, segundo párrafo, de la ley 19.550, que emplea la expresión "pueden impugnarla", sino un verdadero deber que deben llevar a cabo, para no incurrir en responsabilidad por daños y perjuicios.

Resulta de lamentar que la ley 22.903 no haya modificado el texto original de la ley 19.550, que en este aspecto quedó intacto, imponiéndole a los directores esa obligación, pues la redacción del art. 251 de la ley 19.550 parece, prima facie, incongruente con lo dispuesto por el art. 274, primer párrafo, de la ley 19.550.

En efecto, y a diferencia de los síndicos y consejeros de vigilancia, el director, aisladamente considerado, no queda sometido a responsabilidad ninguna si no ha procedido a promover demanda impugnatoria de un acuerdo social ilegítimo, cuando ha participado en ese acto, dejando constancia escrita de su protesta, haya promovido una reunión de directorio a los fines de considerar la necesaria promoción de esa demanda y no haya realizado ningún acto que implique la ejecución del acuerdo social impugnado. Si bien creemos que al respecto rige en sustancia lo dispuesto por el art. 274, in fine, de la ley 19.550 para eximir de responsabilidad al director, estimamos que la convocatoria a una reunión de directorio para que decida sobre la promoción de una demanda impugnatoria, y más allá de sus resultados, suple la denuncia a la sindicatura a que se refiere aquella disposición legal, pues debe presumirse que el síndico debe conocer la resolución asamblearia ilegítima. El director disidente con la resolución del directorio de no promover la correspondiente acción de nulidad no queda obligado a actuar en forma independiente, a diferencia del síndico integrante de

la comisión fiscalizadora, que ha votado en favor de la promoción de esa demanda, rechazada en dicho órgano por mayoría, en cuyo caso la ley 19.550, en su art. 290, no lo sujeta a dicha decisión ni ésta lo exime de su responsabilidad.

Debe tenerse presente que los directores que impugnan un acuerdo asambleario no actúan en tal oportunidad como órgano de la sociedad, pues con ello tienden a sustraerse de sus eventuales responsabilidades. Su interés es contrario al de la sociedad, y por ello se ha de entender que actúan a nombre propio, pero que su legitimación en atacar de nulidad un acuerdo de la asamblea surge por desempeñar el cargo de directores, en tanto, como se ha visto, aquella decisión, cuando es contraria a la ley, estatuto o reglamente, deja de ser obligatoria para quienes integran el órgano de administración de la sociedad (art. 233 LSC).

Promovida la demanda de impugnación de una decisión asamblearia por el directorio, no cabe requerir la prestación de la contracautela prevista por el art. 252 de la ley 19.550 para obtener la suspensión de la ejecución del acuerdo atacado, pues ello es consecuencia de la obligación de impugnar que la ley le impone y a la misma conclusión debe arribarse cuando la demanda de impugnación ha sido promovida por un director individualmente.

La ley 19.550 ha previsto, en el art. 253, el supuesto que podría presentarse cuando la acción de impugnación es intentada por el directorio, o por la mayoría de ellos, presentándose un conflicto de intereses entre los integrantes de ese órgano y los socios que votaron favorablemente tal decisión, en orden a la legitimación de la sociedad para contestar dicha demanda. Se prevé que, frente a tal caso, los accionistas que votaron favorablemente deben designar por mayoría un representante ad hoc, en asamblea especial convocada al efecto, conforme a lo dispuesto por el art. 250, y, si no se alcanzare esa mayoría, el representante será designado de entre ellos por el juez.

La solución legal, si bien razonable, peca por insuficiencia, pues debió prescribirse, como lo sugiere Suárez Anzorena, la necesaria interrupción de los plazos procesales para contestar la demanda, que deberán principiar desde el momento en que el representante ad hoc aceptara su designación.

El representante ad hoc a que hace referencia el art. 253 de la ley 19.550 durará en sus funciones hasta la conclusión del litigio o su anterior reemplazo, así como por cese de funciones dispuesto por decisión judicial o por nueva decisión de los accionistas que votaron favorablemente la decisión atacada de nulidad. En cuanto a su remuneración, no creemos que existan elementos de juicio para apartarse del principio general de su determinación por una asamblea general ordinaria de accionistas (art. 234 inc. 2º de la ley 19.550), quedando expedita la acción judicial de sus beneficiarios cuando éstos consideren a la misma insuficiente.

La ley 19.550 tampoco ha previsto una serie de circunstancias que pueden acontecer en la vida diaria de la sociedad, motivados por el alejamiento temporal del cargo de uno o varios directores, y tal omisión no es reprochable al legislador, pues no es dable requerirle a éste que contemple legislativamente todas las

hipótesis que pudieran presentarse en la práctica, y que pueden encontrar respuesta con una adecuada interpretación integral de la ley societaria. Concretamente nos referimos al caso de la vacancia temporal de un director y a su reemplazo por un suplente, que se incorpora al órgano de administración de la sociedad luego de realizada la asamblea impugnada. Estas hipótesis fueron examinadas exhaustivamente en una ponencia presentada a las Segundas Jornadas de Derecho Societario, celebrada en la Ciudad de Buenos Aires y organizadas por la Universidad Notarial Argentina en el mes de septiembre de 1981 por Jorge Miguel, Luis H. Lorenzo y Víctor Holden, titulada "Algunos supuestos relacionados con la legitimación activa impugnatoria de los directores" ', coincidiendo con ellos en cuanto a la legitimación para accionar del director suplente que ha reemplazado a un director titular luego de celebrado el acto impugnado, aun después de su retiro, siempre que no haya participado en la ejecución de la resolución que impugna, negándose, a contrario sensu, la legitimación del director suplente que sólo ha tenido actuación con anterioridad a aquella asamblea, salvo que las causales invocadas tengan relación con la etapa formativa de ella, producidas durante su actuación y sin su consentimiento.

El cargo de director debe tenérselo al momento de demandar, y su posterior alejamiento —salvo que responda a un acto voluntario de éste— no afecta su legitimación, pues de lo contrario resultaría sencillo a la sociedad evitar o enervar la acción impugnadora, dado que su remoción no requiere justa causa(496), y éste, cuando no reviste el carácter de accionista, carece de legitimación para impugnar tal acuerdo.

Un tema que se presenta con frecuencia en la práctica lo constituye la promoción de la demanda de nulidad de la decisión asamblearia por parte del director que fue removido de su cargo en virtud de tal acuerdo. Al respecto la jurisprudencia se encuentra dividida: para algunos fallos, el director así desplazado se encuentra plenamente legitimado para atacar aquella decisión(497), pues lo contrario implicaría crear un contrasentido lógico y además llevaría a privarlo de la posibilidad de ejercer una potestad que la ley le confiere sin restricciones para salvaguardar el cumplimiento del estatuto y en última instancia, la integridad del ordenamiento jurídico en lo que pueda concernir a la sociedad demandada(498). En sentido contrario, fue dicho que si quien demanda la nulidad de la asamblea no reviste el cargo de director de la sociedad, por haber sido reemplazado en el acto asambleario atacado de nulidad, carece de legitimación para promover la acción prevista por el art. 251 de la ley 19.550(499).

Entiendo que debe diferenciarse entre la remoción sin causa o con causa del director removido por la respectiva decisión asamblearia. En el primer caso, y habida cuenta que la remoción sin causa es actuación legítima de la sociedad, expresamente prevista por el art. 256 de la ley 19.550, carece de todo sentido cuestionar tal decisión asamblearia —salvo omisión de los requisitos de convocación y celebración del acto— pues al no existir causa de revocación, no existe tema a discutir en los tribunales. Por el contrario, si el director ha sido removido con invocación de justa causa, es lógico que el destinatario de esa medida pueda protestar judicialmente, cuestionando la veracidad de los motivos esgrimidos para alejarlo del cargo, debiendo el tribunal, en caso de constatar la

falsedad de ellos, declarar la nulidad de tal decisión asamblearia y reponerlo en el cargo, del cual había sido alejado sin derecho.

Cabe recordar que en todos los supuestos en que se admite la legitimación de la acción impugnatoria al directorio como órgano, o a los directores en forma individual, ello está subordinado a la no participación de ellos en la ejecución de la resolución impugnada, pues ello implicaría un supuesto tácito de confirmación del acto atacado.

Corresponde señalar, asimismo, que cuando la ley 19.550 se refiere a los directores como sujetos legitimados para promover la acción impugnatoria, en tanto ello supone el carácter de órgano de administración de la sociedad, se debe concluir que el interventor judicial tiene la misma e idéntica obligación de impugnar los acuerdos sociales que considere lesivos a la ley, estatuto o reglamento.

Un supuesto particular se presenta en materia de impugnación de la decisión asamblearia aprobatoria de los estados contables (art. 234 inc. 1º de la ley 19.550), cuando quien impugna como accionista dicho acuerdo, no se había pronunciado sobre los mismos como director de la sociedad. Ello mereció el análisis de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso "Gianakis Ricardo Miguel c/ D'Mode Sociedad Anónima s/ ordinario", dictado el 23 de octubre de 2013, que arribó, a mi juicio, a una solución equivocada de la cuestión, pues basada en argumentos meramente dogmáticas, que no hacen sino revelar la nula experiencia práctica en asuntos societarios, el tribunal de alzada rechazó una demanda de nulidad de una decisión asamblearia que aprobó los estados contables de una sociedad anónima cerrada, mediante el equivocado argumento de que el impugnante, como director de dicha sociedad, no había concurrido a la reunión de directorio en procura de explicaciones sobre ciertas deficiencias de dichos balances, sobre las cuales, invocando su calidad de accionista, basó su posterior demanda impugnatoria.

En primer lugar y a diferencia de lo predicado por la sala D de la Cámara Comercial, mal puede reprocharse a un director en una sociedad en conflicto no concurrir a una reunión de directorio, cuando la experiencia demuestra que, por lo general, su asistencia a la misma no provocará el menor resultado favorable. Ello no implica recurrir a la patología como método de discernimiento, sino solo resaltar una evidente realidad en las sociedades que atraviesan un grave conflicto de intereses entre diversos grupos de accionistas y directores, donde todas las decisiones emanadas de los órganos sociales están adoptadas de antemano, y cualquier propósito de torcer la voluntad de una mayoría o de una minoría en el seno de dichos órganos constituye una actuación que está condenada al más absoluto fracaso desde el vamos.

Es acertada la referida sentencia cuando allí se sostiene que el director de una sociedad anónima, como cualquier administrador de una compañía comercial de cualquier tipo, está obligado a procurarse información por sí mismo a los fines de cumplir con idoneidad su cometido, pero de allí a sostener que la supuesta actitud renuente del director en requerir esa información, pueda ser argumento suficiente para rechazar la demanda de impugnación de una asamblea que

aprobó los estados contables, en la cual está evidentemente comprometido no solo el interés de la sociedad, sino el interés de los terceros, hay una enorme distancia que el tribunal de alzada ha equivocadamente soslayado.

En primer lugar, partir de la base de que la obtención de información sobre la marcha de la sociedad es una tarea sencilla y exenta de todo tipo de obstáculos, cuando la sociedad exhibe un grave conflicto interno, es desconocer una realidad que se traduce en un clima de violencia física y verbal y que se manifiesta en la práctica en una reticencia manifiesta de los empleados de la firma en brindar la información al director disidente o en una absoluta falta de colaboración por parte de los restantes integrantes del directorio o de la sindicatura, a los fines de que aquel pueda obtener los datos necesarios para obrar con diligencia en el ejercicio de sus funciones. Ante tal realidad fáctica, que lamentablemente los tribunales generalmente desconocen, debe partirse de la idea, y la práctica así lo demuestra, que las facultades impuestas por la ley a los integrantes del directorio de la compañía demandada, en el marco de un conflicto societario, se ven sumamente restringidas en su eficacia.

Del mismo modo, el manifiesto clima de hostilidad que impera en el seno de los órganos sociales cuando la sociedad atraviesa una situación de conflicto, sumado a la general negativa del grupo de control de admitir la presencia de un escribano requerido por el accionista o director disidente a las asambleas o reuniones de directorio —nefasta práctica que la Inspección General de Justicia ha combatido[500], pero que no ha encontrado eco en el Poder Judicial—, así como la redacción del acta de directorio o asamblea por parte de cualquiera de quienes integran la mayoría, que por lo general no refleja lo acontecido en el acto colegiado, constituyen hechos que tampoco pueden ser desconocidos a la hora de resolver un conflicto o dar por perdido un derecho, como ha sucedido con la sentencia dictada en el caso "Gianakis" que se comenta.

De modo tal que, ante tales situaciones, no es dable analizar la actuación del director en minoría, como si se tratara de una compañía en donde no existe conflicto y reina un ambiente de colaboración y concordia.

En segundo lugar, no debe olvidarse que la ley 19.550 ha regulado los derechos de los directores y las obligaciones de los directores y accionistas en forma diferente, y esa diferencia persiste nítidamente aún cuando una misma persona desempeñe ambos roles en una misma sociedad, toda vez que la diferencias entre el ámbito de competencia de las asambleas y el directorio de la compañía, obligan a sus integrantes a asumir distintos derechos y obligaciones.

Esta diferencia debe ser subrayada, pues en el caso que merece estas reflexiones, el actor pudo iniciar la acción de nulidad de la asamblea cuestionada invocando su calidad de director, accionista o ambos roles, pero si solo lo hizo alegando su calidad de accionista, mal puede serle imputado el incumplimiento de ciertas obligaciones que le correspondían como director como único argumento para rechazar su demanda, pues para la promoción de la acción prevista en el art. 251 de la ley 19.550 solo basta acreditar el carácter de titular de acciones de la compañía demandada y nada más en cuanto a su legitimación activa. Con otras palabras, su inasistencia a la reunión de directorio podrá

provocar las consecuencias que la ley impone (remoción o responsabilidad, para el caso de que se hubieran reunido los requisitos de toda acción resarcitoria), pero jamás podrá afectar el ejercicio de los derechos que a la misma persona le corresponde como accionista, como lo es la legitimación activa para promover dicha demanda.

En suma, al rechazarse la demanda de impugnación del acuerdo asambleario que aprobó los cuestionados estados contables, el tribunal de alzada hizo una aplicación particular y equivocada del principio de la doctrina de los propios actos, pues no existe disposición legal en el ordenamiento societario que impida a un accionista, aún cuando revista el carácter de director, ejercer con plenitud su derecho de información en el seno de cualquier acto asambleario y requerir en esa oportunidad, las explicaciones necesarias para aclarar la inclusión de una cuenta en el pasivo, cuyo monto provocó la existencia de pérdidas y la exposición, en dichos estados contables, de un patrimonio neto negativo, circunstancia que conduce directamente a la disolución de la sociedad, por pérdida del capital social, con las consecuencias que ello supone.

La particular naturaleza de las acciones de impugnación de asambleas, que autorizada doctrina y jurisprudencia califica como "acción social"(501), impide al tribunal realizar toda disquisición sobre el interés social y sobre el interés del impugnante, al momento de resolver la validez de un determinado acuerdo asambleario y ello con mucha más razón cuando se trata de analizar la aprobación de los estados contables, que es decisión que trasciende en mucho a la sociedad —y al propio impugnante con prescindencia de los concomitantes intereses particulares que el mismo pudiera estar persiguiendo— y afecta a todos los terceros que contratan con dicho ente, merituando solo la actuación de un director para justificar con ello el rechazo de dicha demanda, sin entrar a analizar los vicios invocados por el accionista impugnante, aún cuando se le reproche a éste, como director, no haber cumplido con su deber de procurarse suficiente información sobre las cuentas del balance al momento de concurrir a dicha asamblea. Tal manera de resolver no le hace ningún favor al comercio, a los terceros, ni a la buena fe que debe primar en las relaciones comerciales y societarias, olvidando la reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles que, en infinidad de oportunidades han destacado la importancia que, en las sociedades anónimas tienen los balances, cuya función de publicidad trasciende a los socios, para proyectar sus efectos a los terceros(502).

Pero además y fundamentalmente, la doctrina del caso "Gianakis" contradice el espíritu del legislador societario, que ha otorgado una importancia fundamental a confección y aprobación de los estados contables de toda sociedad comercial, al haber prescripto expresamente en el art. 69 de la ley 19.550, que "El derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables y a la adopción de resoluciones de cualquier orden a su respecto es nula, irrenunciable y cualquier convención en contrario es nulo".

7.4. La sindicatura y el consejo de vigilancia

La obligación impugnatoria de la sindicatura y el consejo de vigilancia, así como la de sus integrantes, para el supuesto de existir una comisión fiscalizadora (art.

290 de la ley 19.550), es consecuencia natural del deber de fiscalizar la legalidad de los actos de los órganos sociales que le imponen los arts. 281 inc. g) y 294 inc. 9º de la ley 19.550, y por ello, el incumplimiento de tal obligación debe ser juzgada con mayor severidad que para con los directores.

Lo expuesto en párrafos anteriores sobre la legitimación del directorio y sus integrantes, es prácticamente aplicable en su totalidad para la sindicatura y el consejo de vigilancia, con la única diferencia, antes señalada, de que el síndico disidente —en caso de existir comisión fiscalizadora— que hubiere votado afirmativamente por la promoción de la demanda impugnatoria de un acuerdo social, rechazada por mayoría en el seno de ese órgano, está obligado a iniciar esa acción, para liberarse de las responsabilidades correspondientes. El art. 290 de la ley 19.550, que legisla sobre la sindicatura colegiada o comisión fiscalizadora, es terminante sobre el tema, cuando dispone que el síndico disidente tendrá los derechos, atribuciones y deberes del art. 294. Los consejeros disidentes, a diferencia de ello, no están obligados a iniciar la acción impugnatoria del acuerdo social impugnado, pues ellos se liberan de su responsabilidad, convocando a asamblea de accionistas en los términos del art. 282 de la ley 19.550, y, para el caso de que no reúnan el tercio previsto por esa norma, su responsabilidad queda eximida demostrando que han convocado al consejo de vigilancia y que su moción ha sido allí rechazada, dejando constancia escrita de su protesta (arts. 267, 274, in fine, y 280, segundo párrafo, de la ley 19.550) .

Si la acción impugnatoria es promovida por el consejo de vigilancia o por la sindicatura, o por la mayoría de sus integrantes —en caso de comisión fiscalizadora—, resulta procedente la designación de un síndico o consejo de vigilancia ad hoc en los términos y oportunidades previstas por el art. 253, segundo párrafo, de la ley 19.550.

7.5. Los terceros interesados

Analizaremos a continuación la posibilidad de que la acción de nulidad de un acuerdo asambleario puede ser promovida por los terceros, lo cual ha sido aceptado por la doctrina y jurisprudencia sólo para el caso de que el vicio que afecte a ese acto sea de nulidad absoluta.

Su admisión es en principio consecuencia de lo dispuesto por el art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuando confiere legitimación a cualquier interesado para atacar un acto jurídico de nulidad absoluta,

Contrariamente a ello, cuando el vicio que afecta la asamblea o la correspondiente decisión asamblearia es nulo de nulidad relativa, sólo están legitimados para promover dicha acción los sujetos mencionados en el art. 251 de la ley 19.550, que excluye a los terceros, lo cual es aplicación concreta del principio general previsto por el art. 388 del Código Civil y Comercial.

Pero repárese en que si bien la pretensión de invalidar un acto de nulidad absoluta está en principio otorgada a todos, y puede ser demandada por los intervinientes en el acto o un tercero, si el acto lo perjudica o tiene intereses

contrarios a él, el art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación requiere la acreditación de un interés legitimo suficiente; es decir, un interés directo en la impugnación del acuerdo nulo, o sea, parafraseando a Gimeno Sendra, se debe entender por terceros a aquellas terceras personas que puedan verse afectadas por los efectos ulteriores de la decisión adoptada.

La cuestión, sin embargo, debe ser suficientemente aclarada, pues admitir sin reservas la legitimación de terceros para impugnar una decisión asamblearia, implica, por argumento a contrario, sostener la oponibilidad a éstos de los acuerdos sociales de una sociedad anónima, lo cual es inadmisible en términos generales, dado que, sin perjuicio de las normas de publicidad registral, que es dirimente para establecer la buena o mala fe de ese tercero, tanto el principio de la apariencia jurídica como la seguridad del tráfico impiden que los terceros ajenos a la esfera de formación y eficacia de los acuerdos de la asamblea puedan verse afectados por los resultados de una decisión social en la cual no han participado. Por otra parte, y desde el punto de vista de la organización de la sociedad, tampoco es aconsejable la intervención de los terceros en la vida interna del ente. Otorgar ese derecho a personas que no revisten el carácter de accionistas sería atentatorio para la vida de la sociedad; los terceros intervendrían constantemente en la marcha de la persona moral; bastaría que un sujeto que tuviese relación con la sociedad se considerase perjudicado en sus intereses por una resolución de la asamblea, para que, apoyado en lo dispuesto por el art. 387 del Código Civil y Comercial, perturbase su organización.

Considero, en consecuencia, que ese derecho sólo asiste a los terceros que, relacionados con la sociedad, pueden participar en la vida de la sociedad en determinadas ocasiones, o que sus derechos estén relacionados con las normas de funcionamiento de la sociedad. Me refiero a los casos de los debenturistas, tenedores de bonos convertibles, titulares de bonos de goce y participación, fundadores de la sociedad, etc. Al contrario, los terceros que han contratado con la sociedad y que se hallan fuera de los casos mencionados, carecen de ese derecho, pues para el caso de que aquélla no cumpla con sus obligaciones, tienen las acciones correspondientes derivadas de la relación jurídica en que intervinieron, sin que tenga relevancia, para ellos, el contenido de un acuerdo asambleario que los accionistas han adoptado para limitar o eludir el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad, el cual les resulta inoponible a los acreedores atento a su carácter interno y su restringida obligatoriedad (art. 233 de la ley 19.550, y doctrina del derogado art. 1195 del Código Civil)[503], hoy art. 1021 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La jurisprudencia se orienta en el sentido expuesto en los párrafos anteriores, admitiendo restrictivamente la legitimación del tercero para impugnar una asamblea o determinada decisión asamblearia, sólo para aquellos casos en que el interés de ese tercero se anude con el interés de la sociedad, pero nunca cuando el tercero funda la impugnación en su exclusivo interés particular o individual. Ello ratifica, una vez más, el carácter social de la acción impugnatoria de acuerdos sociales.

7.6. La autoridad de control

El art. 251 de la ley 19.550 también legitima al organismo de control —la Inspección General de Justicia en la Ciudad de Buenos Aires— para impugnar acuerdos sociales, lo cual es congruente con lo dispuesto por el art. 303, que lo faculta en el supuesto de sociedades comprendidas en el art. 299, para solicitar al juez comercial del domicilio de la sociedad, la suspensión de las resoluciones de sus órganos, cuando ellas son contrarias a la ley, estatuto o reglamento. Si se trata de aquellas sociedades por acciones comúnmente denominadas "cerradas" y a pedido de accionistas que representan el diez por ciento del capital social inscrito, el referido organismo de control también podrá hacerlo, cuando lo considere pertinente, según resolución fundada que se adopte en resguardo del interés público (art. 301, inc. 2º, de la ley 19.550).

Dicha atribución, aun cuando pueda complementarse, no debe ser confundida con aquella prevista por el art. 6º, inc. f) de la ley 22.315, que autoriza a la Inspección General de Justicia a declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, el estatuto o reglamento. La declaración administrativa de irregularidad sólo significa que la autoridad de control no tendrá por válida la asamblea en su totalidad o la resolución social cuestionada, negando su inscripción en el Registro Público de Comercio, con la consecuencia prevista por el art. 12 de la ley 19.550, y si bien ello le puede dar derecho a ese organismo a requerir al juez competente las medidas autorizadas por el art. 303 de la ley 19.550, la declaración de irregularidad al efecto administrativo no puede llevar como consecuencia la declaración de nulidad, lo que se halla fuera de sus facultades, reservada exclusivamente a una sentencia definitiva dictada en sede judicial.

§ 8. La legitimación pasiva en la acción de impugnación asamblearia

En cuanto al sujeto pasivo de la acción impugnatoria, no caben dudas de que la demandada debe ser la sociedad misma, y no sus directores, síndicos, o accionistas que votaron favorablemente la decisión social cuestionada, quienes en razón de la propia personalidad jurídica de la sociedad, no son parte individualmente considerados, de la acción por impugnación, salvo los siguientes casos:

1) Que se haya promovido contra ellos las acciones de responsabilidad previstas por el art. 254 de la ley 19.550 y

2) Cuando la nulidad obedece a la violación de lo dispuesto por el art. 248 de la ley 19.550, habiéndose aprobado una decisión asamblearia con el voto favorable de un accionista con interés contrario al de la sociedad, en cuyo caso éste también debe ser demandado[504].

En tales supuestos, esas pretensiones pueden ser acumuladas a la demanda impugnatoria, por aplicación de lo dispuesto por el art. 89 del Código Procesal, lo cual es de toda obviedad, pues ellos deben tener su oportunidad para hacer valer sus defensas.

Un problema interesante lo plantea el supuesto en que haya sido designado un interventor judicial con total desplazamiento de los directores de la sociedad, y la pregunta, frente a esa hipótesis es la siguiente: ¿Quién debe contestar la demanda impugnatoria?

La respuesta a ese interrogante no es de fácil solución, pues podría sostenerse que debiera ser el interventor judicial, para preservar la independencia de la defensa de la sociedad en juicio y evitar la tramitación de un juicio que podría afectar el patrimonio de la sociedad, en especial cuando la nulidad es manifiesta. Por otra parte, y en sentido contrario, se puede argumentar que sin perjuicio de su desplazamiento de la administración de la sociedad, los directores y su representante natural deben contestar esa demanda, pues conservan ellos una legitimación residual, que si bien la ley 19.550 no les otorga, ella no es desconocida por el ordenamiento comercial, que la reconoce para determinados supuestos en caso de falencia de la sociedad (art. 114 de la ley 19.551).

La jurisprudencia de nuestros tribunales se ha orientado en este sentido, sosteniendo que no puede considerarse adecuado que el administrador judicial sea llamado a sostener el interés de aquellos accionistas que formaron mayoría en la asamblea impugnada, pero lo cierto es que, a mi juicio, ese argumento no convence, pues lo defendible en el juicio de impugnación no es el interés de la mayoría de los accionistas que votaron favorablemente, sino el de la misma sociedad, pues si así no fuera, no se explicaría la legitimación de los directores para promover la acción impugnatoria. Estimamos aplicables al caso los principios generales sobre legitimación activa expuestos a lo largo de este capítulo, sobre los cuales no corresponde admitir excepción alguna para el supuesto que se analiza: si el interventor o administrador judicial designado —que por lo general debe su nombramiento por definición a la existencia de graves irregularidades en la administración de la sociedad, que ponen en peligro grave a su patrimonio— advierte la ilegitimidad de la decisión social adoptada por mayoría de los accionistas, ella no le resulta obligatoria y debe impugnar el acuerdo asambleario, poniéndose en marcha el mecanismo previsto por el art. 253 de la ley 19.550, esto es, designación de un representante ad hoc por los accionistas que votaron favorablemente la decisión impugnada para la más adecuada defensa de sus derechos, sin perjuicio de que aquél deba cumplir con las demás funciones encomendadas judicialmente. Lo contrario, esto es, otorgar la representación de la sociedad al interventor judicial para la defensa de la sociedad en tal supuesto es insostenible, y ello tanto para el supuesto de que dicho funcionario haya sido designado con anterioridad al acto asambleario o como consecuencia del contenido y ejecución de él, pues en este caso ello supondría sostener que el interventor judicial debe defender la legalidad de actos cuya naturaleza el juez ha descalificado con fines cautelares.

§ 9. El plazo para iniciar la acción de impugnación de decisiones sociales

1. Consideraciones generales

Conforme lo dispuesto por el art. 251 in fine de la ley 19.550, la acción judicial de impugnación de decisiones asamblearias se promoverá contra la sociedad, por ante el juez de su domicilio, dentro de los tres meses de clausurada la asamblea.

Se trata de un supuesto en donde, a diferencia del plazo ordinario de prescripción previsto por el derogado art. 846 del Código de Comercio para las acciones que derivan de las relaciones mercantiles —diez años— y hoy por el art. 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación, que redujo a cinco años todo plazo general de prescripción para las relaciones civiles y mercantiles, se prevé un brevísimo plazo fundado en la necesidad de asegurar el funcionamiento de la sociedad y otorgar lo más inmediatamente posible, certeza en las relaciones societarias.

Tal finalidad —que estimo cuestionable, por los motivos que oportunamente se examinarán— fue ratificada por la ley 22.903, que modificó el texto original de dicha norma en dos aspectos que cabe considerar de importancia:

1. En primer lugar, redujo el plazo de seis a tres meses, a los fines, conforme a la Exposición de Motivos, de defender con más energía la estabilidad de las decisiones societarias. No ha aclarado la ley, sin embargo, si ese plazo debe ser considerado cono de caducidad o de prescripción, cuestión, ésta, que ha dividido a nuestra doctrina., y que hubiera sido útil que el legislador, en el texto normativo de la ley societaria, hubiera adoptado definición al respecto, atento a las características disímiles que presenten esos institutos.

2. En segundo lugar, y también con los fines que inspiraron la reducción del término para la promoción de la acción impugnatoria, se ha establecido un sistema uniforme de comienzo del mencionado plazo, al disponer que se lo computa desde la clausura de la asamblea, sin distinguir, como lo hacía el texto primitivo de la ley 19.550, entre aquellos acuerdos societarios que debían ser o no objeto de publicidad registral, para cuyo caso el antiguo art. 251 establecía que el plazo para iniciar esa demanda corría desde la última publicación. Se puso fin, de esa manera, y en forma por demás acertada, a los múltiples problemas de interpretación que ese artículo ofrecía, pues la publicación de los acuerdos asamblearios dependía exclusivamente de la sociedad, la cual podía suspender indefinidamente el cumplimiento de ese requisito legal, con el solo efecto de enervar cualquier acción impugnatoria, lo cual era tanto más grave si se advierte lo dispuesto por los arts. 12 —oponibilidad entre los otorgantes de las modificaciones al contrato social no inscritas— y 233 de la ley 19.550, que

obligaba a los directores a ejecutarlas. De tal forma, el plazo será siempre cierto y no sujeto al arbitrio de quien pudiere tener intereses en colisión con los impugnantes(505).

Varias son las cuestiones que interesa destacar acerca del término para promover la acción impugnatoria prevista en el art. 251 de la ley 19.550:

1. Que a diferencia de otras legislaciones, en las cuales resulta discutido si se debe tomar en cuenta el día en que el acuerdo fue tomado(506), la ley ha sido clara en este sentido, prescribiendo que el término para interponer la acción de impugnación principia desde la clausura de él, lo cual implica que se debe computar el día en que la decisión asamblearia fue adoptada. Rige, en consecuencia, para determinar la terminación del plazo correspondiente, lo dispuesto por el art. 6º del Código Civil y Comercial de la Nación, conforme al cual "...los plazos de mes o meses se computan de fecha".

2. Por otra parte, el plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550 no es de naturaleza procesal, sino de fondo, y, por tanto, no se suspende ni interrumpe porque abarque en su extensión la feria judicial(507). Ello no obstante, resulta aplicable el plazo de gracia previsto por el art. 124 del Código Procesal, el cual, conforme a lo resuelto por la jurisprudencia, "no vulnera el derecho de fondo, en cuanto reglamenta materia que le es propia, al permitir la presentación del escrito de demanda dentro de las dos primeras horas de despacho del día hábil inmediato al vencimiento del plazo"(508). Ello no constituye sino el modo de resolver las situaciones en que el interesado se encuentre imposibilitado de utilizar todo el tiempo apto del que legalmente dispone, debido a la hora de clausura de las oficinas judiciales, partiendo del presupuesto de que normalmente la voluntad requerida fue expresada en el curso del día anterior, sin que fuera posible su concreción práctica, mediante el trámite judicial pertinente, en virtud del impedimento ya señalado(509).

Ahora bien, el plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550, si bien empieza a correr, como principio general, desde la clausura de la asamblea atacada, ello sufre excepción cuando el directorio obstaculice el ejercicio de la acción, retaceando o demorando al accionista la entrega de la copia del acta de la asamblea, que es, por propia definición, la prueba más acabada de lo acontecido en el seno de ella, en especial frente a aquellos casos en que el accionista no ha arbitrado otros medios conducentes de prueba alternativa, tales como el acta notarial o actas labradas por el funcionario de la autoridad de control, lo cual es tanto más grave para el accionista que no ha concurrido al acto, y cuyos derechos pudieron verse afectados(510).

Cabría argumentar, en contra de lo expuesto, y para aquellos que sostienen que el plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550 es de caducidad, y no de prescripción —ya analizaré el tema con la debida extensión—, que dicho término en todos los casos debe ser computado desde la clausura de la asamblea, dado que la caducidad no puede ser objeto de suspensión; pero ello no es exacto, pues ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación(511)que todos los institutos que tienen por finalidad la pérdida de un derecho, sólo comienzan a correr a partir del momento en que su titular ha tenido oportunidad de ejercerlos.

Al contrario, para quienes sostenemos que se trata de un plazo de prescripción, la solución no ofrece dudas: resulta enteramente aplicable al caso lo dispuesto por el art. 2550 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¿Qué actitud deben adoptar los accionistas frente a la renuencia de los órganos de la sociedad para la entrega de la copia del acta labrada en la asamblea que se pretende impugnar? La solución la prevé el art. 323, inc. 5º, del Código Procesal, y el término previsto por el art. 251 de la ley 19.550 sólo principiará desde que la sociedad agregue copia del instrumento al expediente respectivo.

El término previsto por el art. 251 de la ley 19.550 es enteramente aplicable para la impugnación de los acuerdos adoptados por los socios, cualquiera que sea el tipo societario de que se trate, pues si ese término ha sido establecido computando la necesidad de dar seguridad a decisiones que se vinculan con la estabilidad de un sujeto de derecho, no se advierte la razón por la cual la acción de nulidad relativa a las resoluciones del respectivo órgano de gobierno en sociedades que no sean por acciones o de responsabilidad limitada sea gobernada por el art. 848, inc. 1º del Código de Comercio[512], hoy art. 2560 del Código Civil y Comercial. La circunstancia de que el procedimiento de la acción impugnatoria de acuerdos sociales se halle prevista para las sociedades anónimas, obliga a aplicar analógicamente esas soluciones para los restantes tipos societarios, pues la interpretación armónica de una ley requiere llenar sus lagunas con normas análogas previstas en el mismo ordenamiento (art. 2º del Código Civil y Comercial de la Nación).

§ 10. El plazo para promover la demanda de impugnación de asambleas o decisiones asamblearias y la ley 24.573 de mediación obligatoria (primera parte). La doctrina plenaria emanada del caso "Giallombardo Dante Néstor c/ Arendamienti Italiani Sociedad Anónima".

Con exclusiva vigencia para la ciudad de Buenos Aires, la ley 24.573 de Mediación y Conciliación fue sancionada el día 4 de octubre de 1995, que instituyó con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio por un plazo de cinco años, el cual fue prorrogado por un período igual por la ley 25.287, obligatoriedad que habla muy poco en favor de dicha institución, pues si para evaluar sus resultados es necesario hacerlo compulsivamente, ello constituye la mejor prueba de la poca confianza que tenía el legislador de la ley 24.573 sobre su aceptación por la comunidad. Como consecuencia de esa obligatoriedad, en la ciudad de Buenos Aires, y desde el año 1995, sus habitantes están compelidos a transitar este procedimiento con carácter previo a la posibilidad de promover cualquier tipo de demanda, entre las cuales se encuentra la demanda de impugnación de asambleas y acuerdos asamblearios, así como todas las acciones judiciales previstas por la ley 19.550.

La inclusión de tales acciones por la ley 24.573 ha sido un evidente error, pues no se ha tenido en cuenta el carácter social de dichas demandas, en el sentido de que las mismas implican una subrogación por parte de quien las ha iniciado, en los derechos de la propia sociedad, la cual es, en definitiva, la beneficiaria directa de los resultados de dicha acción. Con otras palabras, de prosperar una demanda de impugnación de actos asamblearios, la sentencia que nulifica una determinada decisión, no implica beneficio directo en el patrimonio del accionista impugnante, sino que, como integrante de la sociedad, ha logrado encauzar el funcionamiento a los parámetros de la legalidad.

Recordemos que en materia de conflictos intrasocietarios, y al menos como principio general —salvo cuando la pretensión de uno de los integrantes de la sociedad tenga un contenido económico, como por ejemplo, la acción promovida por el socio excluido o recedente a los fines de obtener el justo valor de reembolso de su participación social— las demandas promovidas por uno de sus accionistas contra cualquiera de los órganos sociales —acciones de nulidad de decisiones del directorio o de asambleas, remoción de sus autoridades y las acciones de responsabilidad contra directores y síndicos— no persiguen un beneficio directo para quien las promueve sino que ellas redundarán, en caso de progresar, en exclusivo beneficio del funcionamiento o del patrimonio de la sociedad y solo indirectamente en interés de quien la ha promovido. De tal manera y centrándonos exclusivamente en los juicios de impugnación de decisiones asamblearias —aunque lo expuesto vale para todas las acciones de naturaleza social— no resulta concebible que un accionista, disconforme con la legalidad de un determinado acuerdo asambleario, pueda obtener en el procedimiento de mediación obligatoria, algún resultado satisfactorio para los intereses que defiende, porque la vigencia de una decisión de la asamblea o un acuerdo del directorio no puede ser parcial, por expresa previsión del art. 233 de la ley 19.550, que prescribe que las resoluciones de la asamblea conformes con la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas y deben ser cumplidas por el directorio. Y por las mismas razones, tampoco puede obtenerse resultado positivo mediante el procedimiento de mediación obligatoria, cuando la pretensión del actor está enderezada a lograr el alejamiento de uno o todos los integrantes de los órganos de administración y/o fiscalización de la sociedad(513), donde no se advierte como ni de qué manera el demandante pueda obtener satisfacción particular, salvo que lo que se ventile en el procedimiento de mediación se circunscriba a la desvinculación del actor de la sociedad demandada, pero la experiencia ha demostrado que no necesariamente quien promueve acciones sociales contra la entidad que integra tiene intenciones de alejarse de la misma.

Expuesta ya nuestra categórica opinión sobre la inadmisibilidad del procedimiento de mediación obligatoria para los conflictos societarios, corresponde abocarse a un controvertido tema que ya ha encontrado solución en la nueva ley 26.589 de mediación y conciliación que reemplazó a la ley 24.573, y que dividió a nuestra jurisprudencia durante años, creando un clima de total inseguridad jurídica. La discusión se centraba en los efectos que debe darse al procedimiento de mediación —cuyo tránsito es obligatorio en la ciudad de Buenos Aires— en lo que refería al plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550, Dicha polémica podía resumirse con el siguiente interrogante ¿El procedimiento

de mediación obligatoria suspende el plazo previsto por dicha norma para promover la demanda de impugnación de actos asamblearios?

Al respecto han sido esgrimidas las siguientes posiciones:

1. La iniciación de los trámites de mediación tiene efectos suspensivos con respecto al plazo de tres meses que el art. 251 de la ley 19.550 establece a los fines de promover la demanda de impugnación de asambleas y actos asamblearios.

Se sostuvo al respecto que frente a la imposibilidad legal de acudir a la jurisdicción sin haber agotado previamente el trámite de mediación (arts. 2º y 14 de la ley 24.573), cabe otorgar a esa instancia efectos suspensivos del plazo de caducidad previsto por el art. 251 de la ley 19.550, por aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 29 de aquella normativa(514). Ello así pues si bien la ley 19.550, en su art. 251, fija el plazo trimestral para ejercer la acción de impugnación asamblearia, la sobreviniente sanción de la ley 24.573, que instituyó el régimen de mediación obligatoria como requisito previo a la iniciación de todo juicio —con excepción de aquellos supuestos que la norma exceptuó en su art. 2º, entre los que no se encuentra la acción de nulidad de asamblea— determina la imposibilidad de promover derechamente la demanda de impugnación, por lo que cuadra otorga a la iniciación del trámite de mediación previa, por vía analógica, lo dispuesto por el art. 29 de la ley 24.573, esto es, efectos suspensivos sobre el plazo de caducidad previsto por el referido art. 251, cesando tal suspensión una vez agotada la etapa prejudicial. De no admitirse tal solución, se estaría obligando al reclamante a realizar una conducta estéril dentro de un marco temporal que la propia ley habilita para ese fin(515).

Dicha línea jurisprudencial —que se compartía plenamente— también aclaró que la iniciación del trámite de mediación obligatoria constituye un supuesto de suspensión del plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550 y no un caso de interrupción, pues de lo contrario se permitiría que el impugnante podría ampliar el mismo en forma indefinida, con el simple recurso de iniciar los trámites de mediación el día anterior al vencimiento del período trimestral, aprovechando el tiempo que insumiría el transcurso del trámite de mediación, para renacer un nuevo período de tres meses, lo cual resultado que condena esa interpretación(516).

2. Tratándose de un plazo de caducidad, el plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550 no puede suspenderse, interrumpirse o prorrogarse, porque para la caducidad sustancial es tan esencial el ejercicio del derecho en tiempo preciso, que no se concibe que el término pueda prolongarse(517). El argumento central que orientó esta corriente de pensamiento fue que la ley 24.573 no contempló efecto alguno sobre los plazos de caducidad legales, como sí lo hace respecto de los plazos de prescripción en su art. 29, por lo que resultaba obvio —para esa manera de pensar—, que tal disposición no podía extenderse analógicamente de uno a otro instituto.

Esta doctrina judicial, originariamente sostenida por la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso "Parodi" dictado en el año

1999 y que a esa fecha constituía criterio aislado, fue adoptada en el año 2004 por las salas A y B del mismo Tribunal, modificando el criterio que, en sentido contrario, habían mantenido en una larga serie de precedentes, y que constituyó, por aquellos años, la posición mayoritario del referido tribunal, lo que conducía a la necesidad de dictar un fallo plenario para unificar criterios.

Como era de esperar, la existencia de esas dos corrientes jurisprudenciales diferentes dio lugar al dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal del fallo plenario en los autos "Giallombardo Dante Néstor c/ Arrendamienti Italiani Sociedad Anónima s/ ordinario", del 9 de marzo de 2007, donde se sentó la siguiente doctrina legal: "No corresponde otorgar a la iniciación del trámite de mediación previa efectos suspensivos sobre el plazo para deducir la acción de impugnación asamblearia prevista por el art. 251 de la Ley de Sociedades".

El tribunal de alzada arribó a una solución equivocada, pues optó por mantener coherencia con ciertos postulados dogmáticos, creado desde el despacho de los juristas y magistrados y no desde la realidad, adoptando un criterio obligatorio para los jueces de primera instancia en lo Comercial de la Capital Federal, que colisionaba directamente con la finalidad que tuvo el legislador de la ley 24.573, cuando consagró el procedimiento de mediación obligatoria en la Ciudad de Buenos Aires, a los fines de evitar la promoción de litigios y descomprimir la caótica situación que exhiben los tribunales en la actualidad.

De manera tal que salvo que, de acuerdo con los cánones del plenario "Giallombardo", el accionista impugnante que resuelva promover el procedimiento de mediación obligatoria en forma casi inmediata con la clausura de la asamblea cuya declaración de invalidez pretender y se apresure a concluir ese procedimiento en un corto lapso de tiempo, no tendría más remedio que promover la acción de nulidad prevista por el art. 251 de la ley 19.550 dentro de los tres meses de la clausura del referido acto asambleario, pues como se resolvió en el referido fallo plenario, el trámite de mediación obligatoria previsto por la ley 24.573 carecía de virtualidad a los fines de suspender el breve plazo previsto por aquella norma de la ley 19.550, por la sencilla razón de tratarse de un plazo de caducidad y no de prescripción.

La ley 26.589 del 3 de mayo de 2010, denominada "Ley de Mediación y Conciliación" puso fin a la polémica y —afortunadamente— hizo inaplicable la doctrina del caso "Giallombardo", al establecer, el art. 18 de dicha normativa, lo siguiente:

"Prescripción y caducidad: La mediación suspende el plazo de prescripción y de la caducidad en los siguientes casos: a) En la mediación por acuerdo de partes, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero; b) En la mediación por sorteo, desde la fecha de adjudicación del mediador por la autoridad judicial; c) En la mediación a propuesta del requirente, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero.

En los dos primeros supuestos, la suspensión opera contra todas las partes. En el caso del inc. c) únicamente contra aquel a quien se dirige la notificación. En todos los casos, el plazo de prescripción y de caducidad se reanudarán a partir de los 20 días contados desde el momento que el acta de cierre del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se encuentre a disposición de las partes".

Esta solución ha sido reproducida por el art. 2542 del Código Civil y Comercial, aunque referida al instituto de la prescripción, conforme al cual, el curso de la prescripción se suspende desde la expedición, por medio fehaciente de la comunicación de la fecha de la audiencia de mediación o desde su celebración, lo que ocurra primero. El plazo de prescripción se reanuda a partir de los 20 días contados desde el momento en que el acta de cierre del procedimiento de mediación se encuentre a disposición de las partes.

§ 11. El plazo para promover la demanda de impugnación de asambleas o decisiones asamblearias y la ley 24.573 de mediación obligatoria (segunda parte). ¿Prescripción o caducidad?

Hemos ya sostenido que no existe norma alguna que disponga que el plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550 para impugnar una asamblea o determinadas decisiones asamblearias sea de caducidad y no de prescripción, y si bien es cierto que la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia se orientan a favor de la tesis de la caducidad, lo hacen partiendo de la equivocada necesidad de dar certeza a las decisiones asamblearias de las sociedades comerciales, argumentando asimismo que no es posible imaginar que la vida de una sociedad pueda estar sometida a la incertidumbre de que se declare la nulidad de un acto celebrado por su órgano más trascendente, por un extenso plazo.

Nunca llegué a explicarme las razones por las cuales las sociedades comerciales deben estar sometidas a plazos de caducidad —o de prescripción— más breves que las personas humanas, pues la incertidumbre que puede ocasionar la eventual promoción de una acción judicial en su contra es mucho más justificable para quienes pueden vivir, sentir y sufrir, como los seres de carne y hueso, y no para las meras ficciones, como lo son las personas de existencia ideal, creadas por el legislador con fines eminentemente prácticos, que además, cuando se trata de sociedades, tienen su ámbito de actuación dentro del tráfico mercantil.

Debo también reconocer al lector que las instituciones como la caducidad o la prescripción, que aniquilan el ejercicio de derechos o acciones por el mero transcurso del tiempo, no encuentran en mí un ferviente defensor, pues entiendo que por tratarse de un supuesto excepcional de extinción de las obligaciones emergentes de un acto jurídico, los plazos correspondientes no pueden ser

nunca breves, como lo es el previsto por el art. 251 de la ley 19.550, que a mi juicio exceptúa el principio general previsto hasta el año 2015 por el art. 848 inc. 1º del derogado Código de Comercio y hoy por el art. 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación, sin fundamento convincente.

Por otro lado, carece de todo rigor científico predicar la aplicación del instituto de la caducidad al plazo previsto para iniciar una determinada acción judicial, por los supuestos perniciosos efectos que dicha demanda podría ocasionar al sujeto pasivo de la misma. No parece entonces admisible, para afirmarlo en términos más sencillos, sostener que el término previsto por el art. 251 de la ley 19.550 debe ser de caducidad, por la sencilla razón de evitarle inconvenientes al funcionamiento de una sociedad comercial, cuando lo correcto es encuadrar dicho plazo como de caducidad o de prescripción, de acuerdo con las particularidades especiales que caracterizan a esas figuras.

Puede coincidirse que ello constituye una ardua aunque no imposible labor, pues como es conocido, no existía en nuestro Código Civil ni en el Código de Comercio, hoy derogados por la ley 26.994, un capítulo dedicado a la caducidad, que nos permita diferenciarla de la prescripción. Solo se sabía, porque siempre se ha repetido hasta el cansancio, o como se sostuvo en el voto de la mayoría en el plenario "Giallombardo", por ser "doctrina universalmente admitida" (?), que los plazos de caducidad no están sujetos a interrupción o suspensión, pero tan fatales consecuencias tampoco están consagradas en ningún texto legal argentino. Todas estas conclusiones fueron, hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, patrimonio del intelecto de la doctrina y de la jurisprudencia patria, como así también lo es —aún actualmente— aquella afirmación de que el plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550 es de caducidad y de prescripción, basado en la más que cuestionable necesidad de evitarle incertidumbres al sujeto de derecho de segundo grado.

La caducidad de los derechos ha sido figura incorporada recién a nuestra legislación por el Código Civil y Comercial en el año 2015, en los arts. 2566 a 2572, a continuación del capítulo referido a la prescripción, siendo características de la caducidad y en lo que aquí interesa las siguientes:

a) La caducidad extingue el derecho no ejercido (art. 2566).

b) Los plazos de caducidad no se suspenden ni se interrumpen, excepto disposición legal en contrario (art. 2567)

c) La caducidad solo debe ser declarada de oficio por el juez cuando está establecida por la ley y es materia sustraída a la disponibilidad de las partes.

Explicados los antecedentes históricos de la cuestión y admitido legalmente el instituto de la caducidad de los derechos en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la ley 26.589 de mediación y conciliación, corresponde entrar de lleno al plano societario, y en la ley 19.550, son expresamente contemplados dos casos típicos de caducidad: la acción de exclusión de socio, donde la sociedad debe necesariamente resolver, mediante una previa y concreta decisión de la asamblea, la promoción de aquella demanda judicial (art. 91), y la impugnación

del balance final de liquidación y proyecto de distribución, debiendo el socio o accionista, impugnar internamente este instrumento dentro de los 15 días de comunicada su existencia por el órgano liquidador, actuación que resulta indispensable para la ulterior promoción de la demanda judicial, que deberá iniciarse en los siguientes 60 días (art. 110). Por el contrario, la acción de impugnación de asambleas o decisiones asamblearias prevista por el art. 251 de la ley 19.550 no está sujeta o subordinada a ninguna actuación previa por parte del socio o accionista disconforme, de mantera tal que, coincidiendo con autores de la talla de Halperin, Zavala Rodríguez y Farina, así como con los fundamento del voto en minoría del magistrado José Luis Monti en el fallo plenario Giallombardo, el plazo previsto por la ley 19.550 para la promoción de la acción de impugnación de decisiones asamblearias es claramente un plazo de prescripción y no de caducidad.

La pregunta que debe entonces formularse es: ¿Se trata el plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550 para iniciar la acción de nulidad de asambleas o decisiones asamblearias, de un término de prescripción o un término de caducidad?

Este es, pues, el problema al cual intentaremos dar respuesta en este parágrafo, pues, como bien lo sostiene Fargosi[518], no se trata de una cuestión académica, sino que la determinación de la naturaleza de ese plazo reviste esencial importancia en orden a los efectos que de uno u otro instituto se desprenden, pues si se llega a la conclusión de que se trata de un plazo de caducidad, resultan inaplicables las causales de suspensión e interrupción previstas por el ordenamiento común para el instituto de la prescripción.

La complejidad del tema no deriva de las particulares características de la acción de impugnación de los acuerdos asamblearios, prevista por el art. 251 de la ley 19.550, sino en la ardua y difícil tarea de desentrañar las diferencias entre caducidad y prescripción, que, como ha sido señalado por la doctrina, constituye uno de los problemas más oscuros y difíciles del derecho[519]. Ello es tanto así que una importantísima corriente de opinión ha negado que entre ambos haya diferencias que nos permitan concluir que estamos ante institutos jurídicos autónomos e independientes, mediando entre ellos sólo una relación de género y especie, siendo la caducidad una forma especial de prescripción, caracterizada por sus consecuencias más enérgicas.

Son válidas pues, las reflexiones que se hace Spota[520]cuando, luego de sostener que si la caducidad por extinción del plazo y la prescripción por advenimiento del término legal conducen a la pérdida del derecho no ejercido, se pregunta cómo se puede prever dos institutos que consideran el mismo supuesto de hecho, o sea, la inactividad del titular del poder jurídico que significa todo derecho subjetivo, observando además que tanto la caducidad como la prescripción tienen en común la causa —inacción del titular del derecho—, el efecto —la pérdida del derecho— y la finalidad —evitar la inseguridad jurídica— .

El problema se agudiza si se repara en que ni el Código Civil ni el de Comercio, así como tampoco sus leyes complementarias, han tratado del problema, como

lo han hecho otras legislaciones, dedicando un capítulo o al menos algunas disposiciones legales al instituto de la caducidad, que permitan establecer diferencias entre ella y la prescripción. Nuestra legislación sólo incluye normas especiales de caducidad, para casos particulares, previstas dentro del ámbito del derecho de familia, derecho administrativo, derecho civil y derecho comercial, lo cual dificulta enormemente la tarea que nos hemos propuesto.

Es adecuado, a nuestro juicio, partir de las enseñanzas de Spota para lograr el fin propuesto. Sostiene este autor(521), en conclusiones a las cuales se adhiere también Zavala Rodríguez(522), que no obstante los puntos de contacto entre ambos institutos y a pesar del mismo supuesto de hecho y consecuencias legales que identifican a la prescripción y caducidad, hay diferencias entre ambas que impiden su asimilación:

a) La prescripción extingue el derecho no ejercido. La caducidad, si bien tiene en definitiva tal consecuencia, se dirige más a extinguir potestades jurídicas que conducirían, si se hubieran ejercido en tiempo, a la adquisición de esos u otros derechos.

b) La prescripción supone un derecho plenamente formado y consolidado, que se pierde por la inacción de su titular en el ejercicio de las acciones correspondientes a mantenerlo. Funciona, pues, como una sanción establecida por el orden normativo, fundado en la necesidad de dar firmeza y seguridad a las relaciones jurídicas y económicas(523). Ése es pues, el elemento que define y caracteriza a la prescripción liberatoria: el medio por el cual el transcurso del tiempo opera la modificación sustancial de un derecho, en razón de la inacción de su titular, quien pierde la facultad de exigirlo compulsivamente(524).

c) La caducidad persigue que los derechos se ejerzan en un término determinado, y por ello, a diferencia de la prescripción, extingue directamente el derecho, y no las acciones que de él se derivan. No es, pues, una sanción a quien se mantiene inactivo, sino que lo que ha pretendido el legislador con la caducidad es que la temporalidad en su ejercicio constituya el presupuesto de su perfeccionamiento y existencia. Éste es, pues, el rasgo más distintivo entre ambos institutos, a tenor de un análisis de la mayor parte de los casos previstos por el Código Civil y el Código de Comercio en materia de caducidad, que carecen de una definición de este instituto, de lo cual se puede concluir —siempre por vía de regla general— que el nacimiento de un derecho se subordina a una previa actividad del interesado considerada como requisito necesario para la consolidación o perfeccionamiento de él, que precede al término de prescripción, es decir, que cuando existe un plazo de caducidad, el interesado debe hacer una manifestación o asumir una conducta en ese lapso, y sólo después de efectuada tal manifestación o acto, que ha perfeccionado o consolidado tal derecho, comienza a correr el término de prescripción(525).

Corresponde pues afirmar que el no ejercicio de un derecho o el incumplimiento de una conducta o actuación, prevista legalmente, en la mayoría de los casos, es el presupuesto de la caducidad; pero, también a diferencia de la prescripción, esa actividad destinada a mantener vivo tal derecho o darle nacimiento, no supone, también en la mayor parte de los casos, una demanda judicial, sino, al

contrario, una conducta del interesado, que puede consistir en una notificación a su contraparte, en una constatación por terceros o incluso puede caracterizarse mediante una actitud pasiva, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, en la cual la demanda judicial tiene efectos interruptivos de ella, en relación a un derecho ya adquirido y perfeccionado para el interesado.

Éstos son, pues, a mi juicio, los rasgos distintivos más relevantes entre la prescripción y la caducidad, los cuales no se destruyen, como acertadamente lo sostiene Zavala Rodríguez(526), por la circunstancia de existir casos aislados de prescripción que tienen las mismas características atribuidas a la caducidad, o viceversa. Precisamente, la existencia de tales supuestos no hace más que confirmar que la caducidad es un instituto diferente de la prescripción.

En definitiva: La caducidad implica, en consecuencia, el no nacimiento o la falta de perfeccionamiento de un derecho subjetivo por incumplimiento, por parte del interesado, dentro del plazo establecido por la ley, de una carga impuesta para que dicho derecho pueda nacer o perfeccionarse(527). Así lo entiende ahora el art. 2566 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Pero además de las diferencias apuntadas, que a mi juicio son las fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia(528)ha establecido otros elementos de distinción entre ambos institutos, que no pueden dejar de mencionarse:

1. La prescripción afecta a toda clase de derechos, pues es una institución general, de modo que para que ella no funcione se necesita una norma expresa en tal sentido, que son excepcionales, en tanto que la caducidad, por no ser general, sólo afecta a ciertos derechos, que nacen o se perfeccionan con una vida limitada en el tiempo. La caducidad es, pues, un instituto excepcional y no puede sea invocada fuera de los casos taxativamente enunciados por la ley o por el contrato(529);

2. La prescripción está establecida en interés de los particulares, en tanto que la caducidad lo está por razones de orden público. En consecuencia, la prescripción es renunciable y sólo puede ser declarada si es invocada por la parte interesada; en cambio, la caducidad es irrenunciable y puede ser declarada de oficio por los tribunales(530);

3. La prescripción sólo proviene de la ley, mientras que la caducidad puede resultar también de la convención de los particulares, en cuyo caso resultaría procedente la modificación de sus términos, lo que no resultaría posible en los supuestos de caducidades legales;

4. Los plazos de prescripción son habitualmente prolongados, mientras que los de caducidad son habitualmente muy reducidos;

5. La prescripción puede ser objeto de suspensión, mientras que la caducidad no, excepto disposición legal en contrario, no obstante recordar, como veremos, de que, como principio general, la causal de suspensión de la prescripción prevista por el art. 3986 del Código Civil no tiene cabida en materia comercial, conforme ha sido resuelto reiteradamente por nuestra jurisprudencia;

6. Finalmente, y sin perjuicio de reiterar los conceptos vertidos hasta el momento, debo recordar que para la caducidad, a diferencia de la prescripción, no es necesario, por lo general, la promoción de una demanda judicial a los fines de su interrupción (art. 3986 del Código Civil).

Analizadas, pues, las diferencias entre ambos institutos, intentaré dar respuesta al interrogante que formulé al iniciar este trabajo, es decir, a pronunciarme sobre la naturaleza del plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550, para ejercer la acción de impugnación de decisiones sociales.

Prescribe textualmente el art. 251 de la ley 19.550 lo siguiente: "Impugnación de la decisión asamblearia. Titulares. Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, del estatuto o del reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieran 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 control.

Promoción de la acción.

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

Entre quienes se inclinan por considerar como de caducidad el término previsto por el art. 251, tercer párrafo, de la ley 19.550, se hallan Fargosi(531), Zaldívar y colaboradores(532), Otaegui(533), Bendersky(534), Martorell(535), Verón(536), Roitman(537)y Arecha y García Cuerva(538), entre otros. La jurisprudencia, por su parte, se ha orientado en este mismo sentido, a través de numerosos precedentes(539).

En sentido contrario, sosteniendo la prescripción, se han pronunciado Halperin(540), Zavala Rodríguez(541), Farina(542), Richard, Escuti y Romero(543)y alguna jurisprudencia, que puede calificarse como aislada(544).

Lamentablemente, la ley 22.903, de 1983, que reformó la ley 19.550, no aclaró en este texto legislativo la cuestión, aunque sí abrevió en tres meses el término para iniciar la acción impugnatoria de decisiones asamblearias. No obstante tal omisión, la Exposición de Motivos de la ley 22.903 (punto 17 de la Sección V), al explicar las reformas efectuadas al art. 251 de la ley 19.550, se refiere al "plazo de caducidad" que el término allí previsto importa, en forma categórica.

Para analizar los argumentos de quienes se muestran partidarios del instituto de la caducidad, resulta fundamental recurrir a la opinión de Fargosi, expuesta en su trabajo "Caducidad o prescripción de la acción de nulidad de asambleas de sociedades por acciones"(545), pues tanto Zaldívar, como Bendersky, Martorell y Verón, así como casi toda la jurisprudencia nacional, se remiten directamente, para fundamentar sus conclusiones en tal sentido, a las opiniones de aquel autor,

quien a su vez abrevó fundamentalmente de las enseñanzas del civilista italiano Santoro Passarelli.

Los argumentos que sostienen la caducidad se centran principalmente en la necesidad de conciliar la estabilidad de las relaciones o situaciones vinculadas con la estructura o vida societaria y los derechos de los socios o de las minorías, pues objetivamente es necesaria la certidumbre de la perdurabilidad de la fuerza vinculante de la decisión asamblearia y de sus consecuencias jurídicas. "Se connota así —siempre trascribiendo en este punto a Fargosi— el supuesto necesario para tipificar un caso de caducidad: una exigencia de certidumbre categórica en función de los intereses y derechos tutelados y en pos de la estabilidad jurídica". Concluye Fargosi, citando la opinión de Santoro Passarelli(546), en el sentido de que "...la caducidad no se inspira en la exigencia de conformar la situación de derecho a la situación de hecho que dura un cierto tiempo considerado suficiente, a este propósito, por la ley, sino más bien en la de limitar en el tiempo el ejercicio de un derecho cuando el diligente ejercicio del mismo se estima conveniente para un interés individual o superior".

Esta línea de pensamiento fue compartida por Otaegui, quien no obstante formuló algunas salvedades en materia de suspensión por fuerza mayor, y la inadmisibilidad de que dicha caducidad pueda ser declarada de oficio por el juez. En tal sentido, dicho autor coincide con Fargosi en catalogar como de caducidad el plazo previsto por el tercer párrafo del art. 251 de la ley 19.550, fundándose en obvias razones de certeza relativas al funcionamiento de las sociedades comerciales en las cuales está de por medio el interés público. Esas razones de certeza fueron también explicadas por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en los autos "Sichel, Gerardo c/ Boris Garfunkel e Hijos SA s/ sumario", de fecha 13 de agosto de 1985. Se dijo en ese fallo que "...el plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550 es un plazo de caducidad a fin de obviar el inconveniente de que las deliberaciones asamblearias puedan ser objeto de impugnación y llegar a ser anuladas después de varios años de su ejecución. La fijación de tan breve plazo constituye una expresión más evidente de la preocupación constantemente presente en el legislador en la materia examinada, y la finalidad misma del plazo induce a pensar que la norma que lo prevé, como todas las demás que se refieren a la impugnación de las asambleas, es inderogable, es decir, sustraída a la disponibilidad de los interesados, y por ello la caducidad puede ser declarada de oficio".

Pronunciándose también por la tesis de la caducidad a los fines de definir la naturaleza del plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tucumán, en el fallo "Santamarina, Carlos c/ Paz Posse, Marcos Antonio", de fecha 29 de septiembre de 1982, hizo hincapié, para así concluir, en los términos en que el tercer párrafo del art. 251 de la ley 19.550 fue redactado, sosteniendo textualmente dicho Tribunal que "...(el plazo de caducidad) surge de una lectura de la normativa citada, de la cual se desprende que, cuando ella establece en su segundo párrafo que " la acción se promoverá...", en modo alguno está fijando un período de tiempo de extinción, sino de ejercicio de esa acción, que tiene, en forma evidente, caracteres y consecuencias jurídicas distintas. Por su función y los fines del plazo legal, no cabe otra interpretación".

Pero quien se expidió con mayores argumentaciones en esta corriente de pensamiento, fue la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, sala I de Bahía Blanca, la cual, en los autos caratulados "López Cabañas Omar c/ Banco Comercial de Tres Arroyos Sociedad Anónima", del 19 de mayo de 1992, predicó el carácter de caducidad al plazo en análisis, con los siguientes argumentos, que se transcriben textualmente:

a) El plazo para el ejercicio de la acción de nulidad de una asamblea es de caducidad y no de prescripción, no solo porque así lo acota el reformador, en la Exposición de Motivos de la ley 22.903, omitiendo la misma mención en el texto del artículo, sino porque su sentido propio y su alcance nos conducen al campo del perjuicio funcional de la acción, antes que al de la neutralización de los derechos específicos y personales de los socios fiados en su ejercicio, que es la diferencia radical existente entre uno y otro instituto.

b) A los efectos de concluir por la caducidad y no por la prescripción, en cuanto a la naturaleza de la acción prevista por el art. 251 de la ley 19.550, parece sintomático no solo el acortamiento del plazo que la ley 22.903 llevó de seis meses a tres, sino la circunstancia de que el régimen reservado por la ley para la impugnación judicial de las decisiones asamblearias, haya remarcado el sentido de protección sistemática e institucional de las normas que se complementan para asegurar, al margen del derecho ya aludido de los accionistas, la estabilidad y la seguridad del funcionamiento de la sociedad, asentado en su órgano de gobierno, sobre cuyas decisiones no puede obviamente pesar el lastre de acciones sujetas a eventuales interrupciones o suspensiones, como acontecería en caso de estimarse que el art. 251 refiere un supuesto especial de prescripción y no un plazo de caducidad sustancial. Como ejemplo de lo dicho, debe destacarse que la norma del art. 253 de la ley 19.550 establece un doble mandato; a los directores y a los jueces, norma que solo es comprensible y coherente bajo la hipótesis de la caducidad en la misma medida que repugna a la de prescripción.

c) La acumulación de las acciones impugnatorias y la consiguiente suspensión del trámite de las iniciadas hasta el fenecimiento del plazo común, indica claramente que lo que se intenta preservar con la brevedad del plazo establecido por el art. 251 de la ley 19.550 es la seguridad jurídica, en función de la estabilidad de las decisiones asamblearias, siendo éste el valor superior que nace, como requerimiento propio del sistema, por encima incluso del reconocimiento del derecho de impugnación judicial puesto en cabeza de los socios disconformes.

d) A través del art. 251 de la ley 19.550, se trata de que dentro de los tres meses de la clausura de las deliberaciones que ponen fin al acto de gobierno propio de la asamblea, se devele definitivamente la validez de sus decisiones, o de lo contrario, se resuelva sobre su eventual nulidad, en una sentencia única que centralice, trate y decida, de una sola vez, todas las impugnaciones para las que no existen sino un plazo único que es tratado en la ley como plazo común a todos los potenciales impugnantes. Ello no parece compatible con su tipificación como prescripción, porque en los casos de prescripción, el plazo es ampliable (art. 3986 del Código Civil), como que el acento se pone sobre el sujeto y es desde

él que se juzga tanto el perjuicio como la vitalidad de sus atribuciones, razón por la que se admite tanto la interrupción como la suspensión de dicho plazo, en mérito a su accionar personal y a las circunstancias subjetivas y objetivas que la propia ley sistematiza. Nada de ello es posible en la arquitectura de la ley 19.550; el término concebido es fatal para todos; no puede extenderse; no se acorta a partir de su ejercicio inmediato, al día siguiente de la clausura de la asamblea ni se alonga por suspensiones o renueva por interrupciones, como acontecería si fuera de prescripción.

Finalmente, y a fin de agotar los argumentos expuestos para sostener el carácter de caducidad del término establecido por el art. 251 de la Ley de Sociedades Comerciales, hay que volver nuevamente a Fargosi, quien, sintetizando su posición, afirma que "...en suma, pensamos que la ratio del plazo fijado en el art. 251 es típica para configurar un supuesto de caducidad, y no de prescripción. Agreguemos que se pretende concluir con toda duda en punto a la existencia de una determinada situación jurídica (fuerza vinculante y efectos jurídicos de la asamblea), lo que es configurativo de la naturaleza que entendemos tiene este plazo".

Por mi parte, considero que estos argumentos son insuficientes para calificar como de caducidad al plazo previsto por la normativa legal societaria en su art. 251.

En primer lugar, no considero adecuada a una correcta labor interpretativa sostener que la inclusión del ejercicio de la acción de impugnación de decisiones asamblearias como un típico supuesto de caducidad, deba hacérsela teniendo en cuenta especialmente las consecuencias o efectos de la caducidad, que se caracterizan, como hemos visto, por su mayor rigurosidad. No puede ser criterio diferenciador el hecho de que, como a la caducidad no le son aplicables las causales de suspensión e interrupción previstas para la prescripción, o por la posibilidad de su declaración de oficio o por los ministerios públicos, el plazo previsto por el artículo en análisis debe ser así considerado, basándose exclusivamente en la estabilidad de las relaciones societarias.

El procedimiento, muy por el contrario, debe ser exactamente el inverso: establecer las diferencias entre caducidad y prescripción, tomando en consideración su diferente esencia jurídica, e incluir la acción impugnatoria de acuerdos asamblearios en la categoría que corresponda según sus propias características, de manera tal que si arribamos a la conclusión de que, por lo general, la nota distintiva esencial está dada en que mientras la caducidad implica la imposibilidad del nacimiento o perfeccionamiento de un derecho por inactividad del sujeto legitimado, la prescripción priva de la posibilidad de ejercer la acción que le confería el derecho de que gozaba ab initio, sin necesidad de actividad previa, judicial o extrajudicial alguna de su parte.

En suma; la actividad requerida antes de que expire el plazo de caducidad se refiere a la integración o al nacimiento del derecho; si tal conducta positiva no se produce, no hay derecho en tanto que la prescripción afecta a la acción nacida de un derecho ya existente, sin necesidad de actividad alguna del sujeto.

A la luz de tales diferencias, no cabe dudar de que la inclusión del plazo establecido por el art. 251 de la ley 19.550 debe ser considerado como de prescripción pues si quienes están legitimados para promover la acción impugnatoria no lo han hecho dentro del término legal establecido, no han frustrado un derecho en expectativa, ya que él se ha perfeccionado desde la clausura del acto asambleario, v en consecuencia el transcurso del plazo legal afecta exclusivamente el ejercicio de la acción que le confiere el derecho de protestar contra resoluciones sociales que se considera inválidas(547). Con otras palabras, el art. 251 de la ley 19.550 prevé la pérdida de una acción judicial que se tiene desde el momento de la celebración de la asamblea, por no deducir la demanda en el plazo legalmente establecido(548).

Pero hay otros argumentos más que sostienen el carácter de plazo de prescripción al fijado en el tercer párrafo del art. 251, que señalaré a continuación:

1. Ha sido señalado que, como regla general la prescripción se interrumpe por la demanda, de conformidad con lo establecido por el art. 3986 del derogado Código Civil, y hoy por el art. 2546 del Código Civil y Comercial de la Nación, lo cual no es necesario que ocurra respecto de la caducidad(549), en donde la actividad del interesado tiene por virtualidad integrar el derecho, es decir, dotarlo de los elementos necesarios para que se defina en toda su plenitud. Esa conducta no consiste, en el mejor de los casos, en demandas judiciales, como sucede necesariamente con la prescripción, sino en actos o diligencias extrajudiciales, o incluso conductas tácitas, como surge de los ejemplos de caducidad que señalan en materia comercial los arts. 5º in fine, 18, 39, 40, 46, 47, 52, 93, 115 y 130 de la ley 17.418; arts. 11, 48, 49, 57, etc., del decreto 5965/1963; 25, 39 y 51, entre otros, del decreto-ley 4776/1963; y dentro de la normativa societaria, en los arts. 22, 31, 32, 81, 91, 94, incs. 8º y 9º, 95, 110, 153, 193, 194, 221 y 277, entre otros, de los cuales se desprende que la actividad que se requiere para el perfeccionamiento del derecho que esos artículos consagra son conductas extrajudiciales, destinadas a su contraparte, o en el campo de las sociedades, destinado a la misma sociedad, o que tienden a constatar por terceros —también en forma extrajudicial— un determinado estado de cosas. Nada de ello sucede con el supuesto previsto por el art. 251 de la ley 19.550, que requiere una demanda judicial contra la sociedad, para impugnar una asamblea o determinada resolución asamblearia, lo cual nos hace pensar más en un supuesto de interrupción de la prescripción, en los términos del art. 2546 del Código Civil y Comercial, que en una conducta tendiente a la conservación o perfeccionamiento de un derecho, el cual, se reitera, el accionista había adquirido ab initio, es decir, desde el momento de la clausura del acto asambleario.

2. Asimismo, y aun tomando en consideración los argumentos de Fargosi, expuestos en el citado artículo de su autoría, tampoco considero que la calificación de prescripción al término previsto en el art. 251 de la ley 19.550 atente o perturbe el normal funcionamiento de la sociedad, por lo siguiente: (1) Para ello se fijó un plazo de tres meses que acorta sustancialmente el término de prescripción ordinario que en materia societaria había establecido el art. 848, inc. 1º del Código de Comercio, que fue en tres años el término de prescripción

de las acciones derivadas del contrato de sociedad, y ello se ha hecho fundado precisamente en la necesidad de dar firmeza y seguridad a las relaciones jurídicas y económicas, que para las sociedades comerciales en particular, y para el comercio en general, justifican un breve plazo de prescripción. No olvidemos que la certeza en las relaciones jurídicas constituye, al igual que la caducidad, el fundamento mismo de la prescripción(550).

3. En cuanto a la interrupción de la prescripción, pensamos que atento a lo dispuesto por los arts. 233, último párrafo, de la ley 19.550, que establece la obligatoriedad de las resoluciones sociales adoptadas conforme a la ley y al estatuto, y lo prescrito por el art. 254 del citado cuerpo legal, que autoriza la revocación de un acuerdo impugnado por una asamblea posterior, sólo resulta aplicable a la acción prevista por el art. 251 de la mencionada ley la causal de interrupción prevista por el art. 2546 del Código Civil y Comercial de la Nación, pues los demás supuestos legales (arts. 2545 y 2548 CCyCN) no resultan compatibles con la naturaleza y características de la acción impugnatoria de acuerdos sociales, los cuales, como principio general, son obligatorios desde su adopción, requiriéndose una acción judicial para dejarlos sin efecto. No obstante ello, bien se puede afirmar que la revocación del acuerdo asambleario por resolución posterior del mismo órgano constituye la única forma de reconocimiento de los vicios de nulidad de que adolecía el acuerdo impugnado, que puede interrumpir la prescripción de la acción de nulidad del art. 251 de la ley 19.550, cuando ese nuevo acuerdo es adoptado con anterioridad al vencimiento del término previsto en esta norma.

4. Por otro lado, la declaración de oficio por el juez, la cual, aunque sumamente controvertida por la doctrina, puede ser calificada como característica de la caducidad, a diferencia de la prescripción, tampoco es argumento dirimente, pues esa facultad también le es concedida al juez y al ministerio público tratándose de nulidades absolutas, cuyas acciones son, como se sabe, imprescriptibles. No debe olvidarse al respecto que actualmente, el art. 2572 del Código Civil y Comercial solo admite la declaración de oficio, respecto de la caducidad de los derechos, cuando la misma está establecida por ley, lo cual no acontece en el texto de la ley 19.550.

5. Resulta también necesario recordar que como principio general, la caducidad es un instituto excepcional que no puede ser invocado fuera de los casos taxativamente anunciados por la ley o por el contrato(551)y ello, a diferencia de la prescripción, que por regla general afecta a toda clase de derechos, siendo la imprescriptibilidad la excepción(552).

6. Nada hace pensar que de los términos del art. 251, tercer párrafo, de la ley 19.550, el legislador haya consagrado un típico supuesto de caducidad, como lo ha sostenido la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la provincia de Tucumán, en el fallo "Santamarina, Carlos c/ Paz Posse, Marcos Antonio", del 29 de diciembre de 1982, sino que, al contrario, de su simple lectura se desprende exactamente lo inverso: la ley se refiere a la promoción de la acción, en forma similar a los supuestos de prescripción establecidos por el legislador en los arts. 847 y ss. del Código de Comercio. Si hubiera querido establecer un supuesto de caducidad, hubiera utilizado una fórmula semejante a la prevista por

el art. 91, tercer párrafo, de la ley 19.550, cuando, al legislar sobre la acción judicial de exclusión del socio, establece, bajo el título "Extinción del derecho", que el derecho de exclusión se extingue si no se lo ejerció en el término de 90 días siguientes a la fecha en que se conoció el hecho justificativo de la separación.

7. Por último, no desconozco —como lo he sugerido en párrafos precedentes— que la polémica desatada en torno de este tema se halla íntimamente vinculada a otra, de no menor importancia y consecuencias prácticas: cuál es la aplicación o no del término de tres meses previsto por el art. 251 de la ley 19.550 para los supuestos en que el acuerdo social impugnado adolezca de nulidad absoluta, en la medida en que la imprescriptibilidad de las acciones correspondientes podría encontrar un obstáculo si se califica como de caducidad al plazo señalado en el artículo mencionado. Sin embargo, ello no es así, pues siendo la decisión violatoria de una norma de orden público, la caducidad no se produce, por aplicación del principio de que no puede haber derechos adquiridos contra disposiciones de tal carácter(553).

§ 12. Algunas cuestiones prácticas vinculadas con el plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550

1. La ampliación y/o modificación de la demanda de impugnación de decisiones asamblearias

El tema se halla en íntima conexión con lo desarrollado en el punto precedente. Si se sostiene que el plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550 es un plazo de caducidad, la respuesta deberá ser necesariamente negativa, pues la aplicación del art. 331 del Código Procesal, que reglamenta la ampliación de la demanda, no resulta congruente con el plazo de caducidad de la acción impugnatoria establecido por aquella norma. Una solución contraria importaría desnaturalizar la finalidad de esta disposición, otorgando en los hechos una prórroga que ella no contempla(554).

A la inversa, si se adhiere a la tesis de que el plazo establecido por aquella norma es de prescripción, como he sostenido en párrafos anteriores, no habría dificultades en concluir por la tesis afirmativa, por aplicación de lo dispuesto por el art. 2546 del Código Civil y Comercial que dispone que la prescripción se interrumpe por cualquier presentación judicial que traduce la intención de no abandonar el derecho, y en consecuencia, la demanda impugnatoria podrá ser ampliada y modificada excediendo el plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550, en los términos del art. 331 del Código Procesal.

La jurisprudencia, coherente con la posición asumida en torno a la naturaleza del plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550, ha ratificado la inadmisibilidad de

ampliar o modificar la demanda una vez vencido dicho plazo, con el argumento de que, "...en tanto no existe controversia en punto a que la ratificación y ampliación de la demanda fue realizada vencido el plazo de tres meses previsto por el art. 251 de la ley 19.550, ello determina que el derecho que se intentó ejercer se encuentra irremediablemente caduco"[555].

§ 13. ¿Puede ser interpuesta la defensa de caducidad del derecho como excepción de previo y especial pronunciamiento?

La cuestión reviste importancia en tanto el art. 347 del Código Procesal no la contempla expresamente como tal, pero la jurisprudencia, con todo acierto, ha sostenido su procedencia, pues si la finalidad que inspiró el plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550 para promover la acción de impugnación de decisiones asamblearias, es la que justifica el tratamiento de la defensa de caducidad como previa, aún cuando la misma no se encuentre dentro de las previstas en el art. 347 del ordenamiento de rito, pues carecería de toda lógica y atentaría contra el principio de la economía procesal su diferimiento para la oportunidad en que se dicte la sentencia definitiva, en tanto constitutivo de mayores dilaciones y gastos causídicos[556].

Tal solución no es aplicable, sin embargo, cuando lo que se ha alegado en contra de la resolución asamblearia impugnada, lo ha sido un vicio que provoca su nulidad absoluta, pues en la hipótesis planteada en el caso juega en un plano axiológico distinto al que contempla el art. 251 de la ley 19.550 y la posibilidad de que la afectación del orden público alcance mediatamente a los intereses particulares de los justiciables, justifica el desarrollo del juicio, con independencia de su resultado y en salvaguarda del debido proceso[557].

§ 14. Supuestos de inaplicabilidad del plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550

Hemos ya analizado, en el capítulo anterior, que las acciones de nulidad de asambleas o decisiones asamblearias, en las cuales el vicio que las afecta provoca su nulidad absoluta, quedan expresamente excluidas del ámbito del art. 251 de la ley 19.550, siendo imprescriptibles las acciones judiciales tendientes a dejarlas sin efecto.

Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas Sociedad

Anónima", en fallo del 7 de diciembre de 2001, en donde se resolvió que lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración, toda vez que el tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal y siempre el acto conservará el vicio original.

Nuestros Tribunales han excluido del ámbito del art. 251 de la ley 19.550 a las asambleas afectadas por vicios en la convocatoria(558)y en infracciones a las normas sobre quórum y mayorías, supuestos que son susceptibles de dar lugar a hipótesis de nulidad absoluta en los términos del derogado art. 1047 del Código Civil(559), hoy reemplazado por el art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación. Del mismo modo, también se ha llegado a idéntica conclusión ante la incapacidad de derecho de uno de los socios, cuando la misma es ostensible y la nulidad resguarda intereses generales o colectivos(560); cuando la decisión asamblearia aprobó la refinanciación de una deuda social contraída con un accionista, en condiciones totalmente apartadas de la realidad económica financiera reinante en la Argentina(561); en los casos en que se produce una invasión de un órgano social en ámbitos de competencias que le son ajenas(562); cuando atañen al funcionamiento de una sociedad anónima que fue creada para explotar servicios públicos(563); y, sin ánimo de agotar la jurisprudencia dictada sobre el tema, ante la reforma estatutaria que tiende a dejar sin efecto el ejercicio del voto acumulativo(564)etc.

Pero no debe confundirse el caso de violación a normas de orden público con aquellos supuestos que se presentan cuando la mayoría aprovecha los beneficios que otorga la ley 19.550 —en especial en torno a los brevísimos plazos allí previstos para iniciar la demanda de impugnación de decisiones asamblearias— para obtener ventajas personales a través de acuerdos totalmente ajenos al ámbito específicamente societario —esto es, no concernientes al funcionamiento del sujeto corporativo— eludiendo de tal manera los más extensos plazos de prescripción previstos por el ordenamiento común, que establece el plazo ordinario de prescripción de cinco años (art. 2560 del CCyCN) o aquellos términos específicos previstos en los arts. 2562, 2563 y 2564 del referido ordenamiento legal.

Ejemplo típico de lo expuesto quedó configurado en el caso "Abrecht Pablo A. y otra c/ Cacique Camping Sociedad Anónima s/ sumario", dictado por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de fecha 1º de marzo de 1996. Se trataba de un caso donde, a los fines de violar la legítima de determinados herederos, se aprobó un aumento del capital social totalmente innecesario para la entidad, sabiendo que aquellos jamás podrían aportar los capitales necesarios tendientes a suscribir e integrar las nuevas acciones que les hubieran correspondido en caso de ejercer el derecho de preferencia. De tal manera, y como el patrimonio del causante estaba representado en gran medida por acciones de la sociedad anónima, cuyo órgano de gobierno aprobó el incremento de su capital social, la realización de tal maniobra afectó groseramente la participación accionaria de los referidos herederos, en

detrimento del causante y de los restantes accionistas —hijos de otro matrimonio— quienes, inversamente, incrementaron sus tenencias accionarias, a punto tal de convertirse en casi los titulares del cien por ciento de las acciones de la compañía.

Se sostuvo en el recordado precedente, con magistral voto del Dr. Edgardo Marcelo Alberti, que la decisión asamblearia antes referida estaba viciada de "falsa causa" y era ajena al ámbito del art. 251 de la ley 19.550, por lo que resultaba aplicable al caso lo dispuesto por el entonces vigente art. 4030 del Código Civil, que determina un plazo de dos años a los fines de la prescripción de la correspondiente acción de nulidad (hoy art. 2562 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Si bien no puede dejar de compartirse esa solución, pues se reitera, hubiera resultado inadmisible convalidar tan ilegítima actuación por el mero transcurso del plazo de tres meses desde la celebración de una asamblea, cuyo acaecimiento posiblemente sus víctimas nunca se hubieron enterado, resultaba objetable la aplicación del por entonces vigente art. 4030 del Código Civil, pues se trataba de una cuestión mercantil, regida, en cuanto a su prescripción, por el hoy derogado art. 847 inc. 3º de este ordenamiento legal.

§ 15. Las medidas cautelares en el juicio de impugnación de decisiones asamblearias

15.1. Generalidades

Si bien la ley 19.550, en su art. 252, prevé como medida cautelar del juicio de impugnación de decisiones asamblearias la suspensión provisoria de su ejecución, no por ello quedan descartadas otras medidas precautorias previstas por el ordenamiento procesal, que podrán ser decretadas conforme a las circunstancias de cada caso y que mejor atiendan a garantizar la efectividad del pronunciamiento definitivo a dictar.

En tal sentido, y a pesar del silencio de la ley 19.550, la jurisprudencia ha aceptado, por aplicación analógica de lo dispuesto por los arts. 230 y 232 del Código Procesal, la medida cautelar genérica peticionada a fin de que se incluya en los estados contables de la sociedad, la necesaria información sobre la existencia de un juicio, así como el monto actualizado de la demanda y sus intereses[565]y, con la misma amplitud, se ha receptado favorablemente la medida cautelar ordenada a los fines de inhibir a una sociedad a tratar un punto determinado del orden del día en una asamblea a celebrarse como continuadora de otra anterior, cuando el derecho a obtener la nulidad del primer acto asambleario, en lo referente a ese punto, resultó prima facie verosímil[566].

Con mucha reticencia, algunos tribunales han receptado la posibilidad de suspender previamente la realización de una asamblea, ante las manifiestas irregularidades incurridas por la sociedad en la etapa de convocatoria y preparación del referido acto, tema que será abordado en el siguiente parágrafo. Luego de ello, analizaremos la suspensión provisoria de la ejecución de los acuerdos asamblearios, la anotación de litis, y, finalmente, estimamos necesario detenernos en la aplicación, para el caso de que el acuerdo impugnado esté sujeto a su inscripción en el Registro Público de Comercio, la incidencia que puede tener la aplicación del art. 39 del Código de Comercio en la materia, el cual, como es sabido, consagra el derecho de oposición a la inscripción del acto por parte interesada, cuando ella es solicitada fuera del término previsto por aquella norma.

15.2. La suspensión de la convocatoria a la asamblea

El tema ha sido controvertido por la jurisprudencia nacional, y en realidad, pocos son los fallos que han aceptado tal posibilidad, pues mayoritariamente ha sido decidido que no puede impedirse anticipadamente la asamblea o reunión de socios, ya que el accionista dispone de los medios que la ley le otorga para evitar la ejecución de las decisiones que se adopte en el acto asambleario, para el caso de existir "motivos graves" que autoricen la suspensión del mismo, conforme lo dispone el art. 252 de la ley 19.550[(567)]. Sin embargo, otros tribunales han receptado favorablemente tal posibilidad, cuando se han advertido errores en la convocatoria o en los actos preparatorios a la asamblea[(568)], criterio jurisprudencial éste que me parece acertado, por varias razones:

a) En primer lugar, el exclusivo tratamiento previsto en la ley 19.550 a la suspensión provisoria de la ejecución de decisiones asamblearias (art. 252), no implica que tal circunstancia descarte la procedencia de otros remedios cautelares, cuando concurren los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora que caracterizan a las medidas precautorias.

b) En segundo lugar, ningún sentido tiene permitir la realización de una asamblea, cuando las decisiones allí adoptadas pueden ser motivo de la suspensión preventiva de su ejecución en los términos del art. 252 de la ley 19.550, por los vicios que afectan su convocatoria. No debe olvidarse al respecto que la jurisprudencia ha sido pacífica y reiterada en el sentido de que la asamblea o reunión de socios, si bien constituye un acto único, todas las etapas que conducen a su punto final, esto es, a la concreta adopción de los acuerdos sociales, deben necesariamente ser transitadas sin vicios ni irregularidades.

c) Finalmente, por cuanto resulta siempre preferible evitar la consumación del daño y tal posibilidad existe desde que la clausura de la asamblea, a partir del cual queda expedita para los administradores la ejecución de los acuerdos adoptados en ella (art. 233 de la ley 19.550). De manera tal que la posibilidad de evitar cautelarmente la celebración de la misma, no constituye otra cosa que la aplicación concreta de lo dispuesto por el art. 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación, para hacer cesar la fuente del daño para la sociedad, sus integrantes o terceros.

La sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha ratificado este criterio en el caso "Macri Mariano c/ Socma Americana SA s/ ordinario", del 6 de agosto de 2013, donde se ha resuelto la procedencia de medidas cautelares cuando la convocatoria exhibía defectos en orden a las precisiones mínimas exigibles respecto de la operación que iba a ser considerada por el órgano de gobierno de la sociedad, aclarando que el orden del día debe ser claro, preciso y completo, porque delimita la competencia de la asamblea.

§ 16. La suspensión provisoria de la ejecución de los acuerdos impugnados de nulidad

16.1. Principios generales que gobiernan la medida cautelar prevista en el art. 252 de la ley 19.550

El art. 252 de la ley 19.550, bajo el título "Suspensión preventiva de la ejecución", dispone que "El juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiera causar la sociedad".

El remedio previsto por dicha norma consiste en una medida cautelar específica prevista por el legislador para impedir la ejecución de las decisiones asamblearias contrarias a la ley, al estatuto o reglamento, ante la posibilidad de que, de procederse al cumplimiento de tales acuerdos, pueda producirse un daño grave al patrimonio o al funcionamiento de la sociedad o al ejercicio regular de los derechos de los accionistas.

Se trata, siguiendo a Garo[569], de una medida grave que importa la anulación momentánea de la resolución adoptada por la mayoría de los accionistas, que es por lo general v normalmente la voluntad de la sociedad. La suspensión provisoria de la ejecución de una decisión asamblearia —según un importante precedente de nuestros tribunales— tiende a mantener inalterable el "status quo" existente al momento de dicha resolución y no hace sino preservar la utilidad de un eventual pronunciamiento final favorable, evitando que se torne ilusorio el resultado buscado por medio del proceso[570].

Tratándose de una medida cautelar o precautoria, el remedio previsto por el art. 252 de la ley 19.550 participa de todos los elementos que le son propios (necesidad de que se encuentren presentes los requisitos del peligro en la demora o la verosimilitud del derecho; carácter accesorio a la acción sustancial de impugnación de acuerdos asamblearios; prestación de contracautela etc.), aunque cabe señalar que presenta algunas características que le son específicas, lo cual se explica por la naturaleza de los derechos que tiende a cautelar.

La suspensión provisoria de la ejecución de las decisiones asamblearias constituye una medida cautelar innovativa, y no conservativa, pues no intenta, como el embargo, al mantenimiento de un estado de derecho, sino que tiende a alterar un estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, pues como claramente lo señala Peyrano(571), en el proceso cautelar innovativo la técnica consiste en evitar que se comprometa el resultado del proceso principal, lo cual se podría producirse si desde el principio, no se dispusiera determinado cambio en el estado de hecho, y se presenta como modificación anticipada de una situación jurídica. A ello tiende precisamente la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550, que desde antiguo ha sido así considerada por eminentes procesalistas extranjeros(572); doctrina que ha recibido también respaldo jurisprudencial(573).

Como medida cautelar, el remedio previsto por el participa de las siguientes características, que resumiremos siguiendo a la doctrina procesal moderna(574):

a) No constituye un fin en sí misma, sino que es una medida accesoria, elemento o instrumento de otro proceso —el de nulidad de un acuerdo asambleario—.

b) Se decreta inaudita parte, para evitar la posibilidad de frustrar el objeto al cual tiende. Así lo ha entendido la jurisprudencia, habiéndose sostenido que "Los argumentos de la sociedad recurrente en orden a haberse dictado la suspensión provisoria del acuerdo social sin previa sustanciación, debe ser desestimada sin más, atento a que esta clase de medidas se dictan "inaudita parte", es decir, que el conocimiento del juez se funda en los hechos que afirma y acredita el peticionante en forma unilateral, pues su propia naturaleza excluye la posibilidad de contradicción a priori y la posibilidad inclusive, de su desvirtuación por el destinatario de las mismas, advertidos de la inminencia de su dictado".(575)

c) El conocimiento jurisdiccional acerca de la reunión de sus presupuestos es sumario, de cognición en grado de apariencia, y no de certeza.

d) Son provisionales o interinas, en cuanto mantienen su vigencia mientras subsistan las circunstancias que las engendraron. Ello explica que su rechazo no impida que pueda ser nuevamente recabada, en tanto se hubiera producido una modificación en la situación de hecho.

e) No produce los efectos de cosa juzgada material, no causan instancia y su acogimiento no implica prejuzgamiento.

f) Son de ejecutabilidad inmediata, y los recursos contra la sentencia que la admite son concedidos al solo efecto devolutivo.

g) Se diferencia de la generalidad de las medidas cautelares en cuanto: 1) No es mutable o flexible, ya que no puede ser sustituida por otra medida cautelar ni puede la sociedad disponer un aseguramiento distinto del obtenido con esa medida y 2) No puede ser solicitada antes de deducida la demanda de nulidad del acuerdo asambleario, sino que, por el contrario, debe ser pedida en forma contemporánea o posterior a la promoción de esa acción.

16.2. La suspensión preventiva de decisiones asamblearias y su efecto interruptivo de la caducidad de instancia del juicio de impugnación de acuerdos asamblearios

Una primera cuestión que presenta el carácter específico de esta medida cautelar radica en determinar si tiene incidencia sobre la relación procesal de fondo, pues si se coincide con ello, en forma análoga a lo que sucede con las restantes medidas precautorias previstas por los ordenamientos procesales, se debe concluir que ella no tiene efecto interruptivo del plazo de caducidad de instancia de aquélla.

Lo expuesto, que es principio general en materia de medidas cautelares en general, conforme lo ha expuesto la jurisprudencia en forma reiterada, ha sido controvertido por el profesor Daniel Vítolo[576], e implícitamente por Bendersky[577], quienes se fundan en la especial característica que presenta la medida precautoria que se analiza.

Señala Vítolo —si bien referido a la intervención judicial pero con conclusiones perfectamente ajustables a la suspensión preventiva de decisiones asamblearias— que estas medidas precautorias, si bien accesorias de una acción de fondo por su naturaleza intrínseca dentro del contexto de ésta, se plasma integrativamente en la demanda, sin que pueda sostenerse que pueda correr su propia suerte, aunque prospere la demanda principal. La accesoriedad, a juicio de este autor, deriva de la imposibilidad de solicitar la suspensión provisoria sin haber accionado por nulidad, lo cual lleva a sostener la imposibilidad de que pueda funcionar autónomamente; pero dicha accesoriedad no tiene carácter sustancial, pues la medida cautelar se funda en ella una vez entablada, incorporándose en una suerte de unión, para ligarse a la misma tramitación principal.

Es indudable que la cuestión ofrece singular interés por la grave trascendencia que reviste la declaración judicial de caducidad de instancia de la acción de fondo, atento al breve plazo de prescripción que prevé el art. 251 de la ley 19.550 para su promoción, de tal manera que por aplicación de lo dispuesto por el art. 2547 del Código Civil y Comercial de la Nación, y salvo aquellos casos —poco frecuentes por cierto— en que la demanda de impugnación es deducida en forma inmediata a la clausura del acto asambleario tachado de nulidad, la perención de instancia importará también la imposibilidad de deducir la acción impugnatoria, por haber trascurrido el término previsto por nuestro ordenamiento societario en aquella disposición legal, salvo, claro está, de los casos en que medie un supuesto de nulidad absoluta, cuya acción es imprescriptible.

Lo expuesto es tanto más grave si se advierte que la suspensión provisoria de decisiones asamblearias puede ser enervada con suma facilidad con el simple expediente, por parte del órgano encargado de cumplir aquellas decisiones, de realizar actos con terceros que importen la ejecución de ellas, circunstancia, ésta, que obsta a la procedencia de aquélla, ya que el mismo art. 252 de la ley 19.550 prevé, como requisito de admisibilidad, que la suspensión provisoria no ocasione perjuicios a terceros. Por ello, resulta de toda evidencia que la efectividad de esta medida cautelar radica no sólo en la celeridad de su dictado

—propio de todo proceso precautorio—, sino en el desconocimiento por parte de los órganos de la sociedad demandada de la medida solicitada, y al respecto, su carácter de inaudita parte no parece suficiente.

La suspensión preventiva de resoluciones asamblearias, al igual que la intervención judicial legislada por los arts. 113 y ss. de la ley 19.550, constituyen medidas que si bien precautorias, están previstas por la legislación de fondo, y no por los ordenamientos procesales, y de allí las diferencias que las separan de los principios generales que gobiernan aquellas medidas por los códigos de forma. En ambos supuestos, la necesidad de evitar el conocimiento por parte de la sociedad de la petición cautelar, para impedir la realización de actividades por parte de los administradores tendientes a la ejecución de los actos impugnados, debe ser considerado como principio inspirador de las medidas en análisis, si se tiene en cuenta, como se ha visto, que el cumplimiento de los acuerdos asamblearios constituye obligación del directorio (art. 233, último párrafo, de la ley 19.550), y que en la casi generalidad de las veces ese cumplimiento importa la celebración de actos de comercio, liberados en principio de formalidades en su celebración. Con otras palabras, la posibilidad de frustrar el objetivo de la acción de impugnación de acuerdos asamblearios es, en la práctica, cuestión que admite infinitas posibilidades, y por ello la importancia de evitar el conocimiento de la medida cautelar por parte de los órganos de la sociedad es de suma trascendencia, pues con ella se persigue evitar actividades, y no inmovilizar bienes del patrimonio del deudor, lo cual parece ser el objetivo fundamental de las cautelares en procesos de contenido patrimonial.

Claro está que puede sostenerse que las decisiones asamblearias son obligatorias siempre y cuando no sean contrarias a la ley, el estatuto o reglamento, y por ello, el cumplimiento de ellas por el directorio depende de su legalidad. El art. 233, último párrafo, de la ley 19.550, en concordancia con el art. 251, predica esa solución, pero ello no constituye argumento decisivo, pues: a) La práctica ha demostrado que no es conducta corriente de los administradores oponerse a la ejecución de los acuerdos asamblearios, máxime cuando esos administradores han sido elegidos por las mismas mayorías que han aprobado el acuerdo impugnado y b) Que ese argumento puede sostenérselo tratándose de nulidades manifiestas, pero ya se ha visto que la posibilidad de impugnar tales acuerdos no se limita a tales supuestos, sino que comprende a toda hipótesis de invalidez, con inclusión de aquellos casos en que la decisión social ha sido adoptada en beneficio de determinadas mayorías, en los cuales la nulidad impetrada dependerá de las investigaciones efectuadas por el legislador.

Por mi parte, entiendo que la promoción de una medida precautoria —cualquiera fuese su contenido— debe entenderse en todos los casos como actividad interruptiva del plazo de caducidad de instancia, pues mediante ella se persigue tornar efectiva la sentencia definitiva a dictarse, luego de la tramitación del proceso. De manera tal que, a mi juicio, la medida cautelar forma parte del trámite de la acción a la cual accede y razones de estricta conveniencia puede llevar al peticionante de la medida precautoria a no activar el trámite del proceso principal antes que obtener —o intentar hacerlo— el dictado de esa medida. Pero además de tales razones, y habida cuenta las especiales características que presenta la medida precautoria prevista por el art. 252 de la ley 19.550, me

parece evidente que su tramitación interrumpe el curso de la perención de instancia, y que la actividad tendiente a obtener la sentencia cautelar constituye suficiente justificación en la paralización del juicio principal. En tal sentido, interpretamos en forma amplia aquella jurisprudencia y doctrina conforme a la cual la inactividad del litigante, generadora de la caducidad de instancia, debe ser injustificada(578), y no parece, atento a la finalidad de la medida y lo dispuesto por el art. 252 de la ley 19.550 —en cuanto prescribe como obstativa a su declaración, el hecho de que ella ocasione perjuicios a terceros—, que los motivos de justificación puedan ser sólo considerados como aquellos que resulten ajenos a la voluntad de los litigantes.

Lo expuesto no queda enervado con el argumento de que bastaría solicitar la formación del respectivo incidente para continuar la tramitación de la instancia principal, para evitar la declaración de perención de instancia, pues se trata de evitar el conocimiento por parte de los órganos de la sociedad de la promoción de una demanda impugnatoria de un acuerdo social y la tramitación por expediente separado de la medida cautelar no cumple tal finalidad. Al contrario, parece hasta contradictorio exigir al impugnante que demuestre una actividad que mediante la cautelar está poniendo de manifiesto, a fin de obtener un resultado que integra la dinámica del proceso principal, en la medida en que tiende a evitar que la sentencia a dictar carezca de efectos prácticos. La caducidad de instancia castiga al litigante moroso y tiende a la celeridad del proceso, y por ello es que la jurisprudencia es reiterada en apreciar su procedencia con carácter restrictivo, lo cual es tanto más aplicable en el supuesto que analizamos, en la medida en que la caducidad de instancia en el proceso de impugnación de decisiones asamblearias puede ocasionar la prescripción de la acción, por el abreviado término previsto por el legislador en el art. 251 de la ley 19.550(579).

16.3. Presupuestos para la procedencia de la suspensión preventiva de las decisiones asamblearias

a) Tribunal competente para dictar la medida

En cuanto al tribunal competente, ninguna duda existe que siendo la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550 accesoria de la acción de impugnación de decisiones asamblearias, el dictado de aquélla resulta ser de competencia del juez que interviene en el proceso donde se ventila el derecho sustancial controvertido. De manera que, tratándose de una demanda de impugnación de una asamblea de una sociedad comercial, la referida acción debe ser atendida por la Justicia Nacional de Primera Instancia en lo Comercial, por tratarse de una acción derivada de las relaciones societarias mercantiles.

Por el contrario, si se trata de una sociedad dedicada a un objeto civil, incluida en la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550, la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550, que es plenamente aplicable, por ser accesoria a la demanda de nulidad de la asamblea o reunión de socios a la cual accede, tramitará ante el Tribunal Nacional de Apelaciones en lo Civil, cuando se trate de jurisdicciones en donde la materia civil y mercantil estuviera separada.

b) Requisitos específicos. La promoción de la acción de nulidad de asambleas

Ya señalé que la suspensión preventiva de la ejecución de decisiones asamblearias quedaba encuadrada dentro de la categoría de medidas cautelares innovativas, las cuales, a diferencia de la mayoría de las medidas precautorias previstas por el ordenamiento procesal, no afecta la libre disponibilidad de bienes (embargo, prohibición de contratar, inhibición, etc.), ni tampoco tiende a que se mantenga el status existente al momento de la traba de la litis, como sucede con la medida de no innovar, sino que aquélla va más lejos, ordenando —sin que medie sentencia firme de mérito— que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente(580). Por ello, los presupuestos requeridos para su dictado son los propios de todas las medidas cautelares de esta naturaleza, esto es, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la prestación de contracautela, así como los específicos previstos por la ley 19.550, en su art. 252, esto es, la promoción de la acción de nulidad, la existencia de motivos graves, que no medien perjuicios para terceros y la necesidad de prestar garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad.

Cada uno de estos requisitos serán analizados a continuación, con la previa aclaración de que se tratará de evitar lógicas superposiciones, toda vez que la existencia del peligro grave previsto por el art. 252 de la ley 19.550 comprende la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, requeridos por la ley procesal, y que la garantía suficiente a que se refiere aquella disposición legal constituye la contracautela propia de toda medida cautelar.

En lo que se refiere a la necesidad de promover la acción de nulidad de decisiones asamblearias, si bien ello no está prescripto por el art. 252 de la ley 19.550, éste requisito surge implícito del texto de la referida norma, cuando se refiere a la "resolución impugnada"(581), lo cual no puede ser de otro modo, en la medida en que la suspensión provisoria de una decisión asamblearia constituye la medida cautelar específica de la acción de nulidad de aquélla, como único medio de evitar la inocuidad de los procedimientos que determinan la existencia del litigio o la frustración del derecho que se ejerce(582). El art. 253 de la ley 19.550 ratifica lo expuesto cuando prescribe la suspensión de la causa, "salvo el supuesto de la medida cautelar"(583). Precisamente, la accesoriedad de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550 respecto de la acción de nulidad, que constituye el objeto principal de la demanda entablada, le otorga a aquella el carácter de "social uti singuli"(584), lo cual resulta un dato de interés, pues ello implica que a los efectos de su procedencia, el juzgador debe analizar si se encuentra en peligro el interés de la sociedad y no el interés particular del accionista peticionante.

c) La existencia de motivos graves. La lesión al interés social. Jurisprudencia

La ley alude, con este requisito, a que se trate de una nulidad manifiesta o que se cause con la ejecución de la decisiones asamblearia impugnada perjuicios irreparables o mayores que con la suspensión, es decir, que se trate de decisiones graves que de cumplirse puedan resultar de onerosas consecuencias, haciendo ilusorio el resultado del juicio de nulidad(585).

Ha dicho la jurisprudencia que para que proceda la suspensión provisoria de una asamblea es necesario en principio que existan motivos graves para ello, esto es, que no basta un temor de perjuicio, pues ello supondría reconocer a los accionistas disidentes el derecho ilimitado y sin control de hacer suspender desde el comienzo del pleito la ejecución de las deliberaciones de la asamblea. En tal sentido, resultaría procedente la suspensión provisoria, si de los elementos presentados surgieran en forma inequívoca o manifiesta de que el acto asambleario que se impugna 'viola la ley, los estatutos o el reglamento, configurándose los motivos graves por ese solo hecho, pues un acto de tal naturaleza no es obligatorio para los accionistas ni debe ser cumplido por los directores"[586].

Parece pues claro que la violación de la ley, del estatuto o del reglamento —en caso de existir— por parte de una decisión asamblearia, configuran los motivos graves que el legislador requiere a los fines de tornar procedente la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550, pero la jurisprudencia capitalina ha dictado una serie de fallos que, equivocadamente, han restringido la procedencia de dicha medida a la lesión del interés social por parte del acuerdo asambleario atacado de nulidad, descartando del ámbito de dicha norma a las decisiones sociales que afecten los intereses particulares de los peticionarios de la medida.

Esta doctrina judicial fue iniciada por la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, en los autos "Grosman Hugo c/ Los Arrayanes Sociedad Anónima", del 23 de septiembre de 1986, donde se dijo que "Para el casos de suspensión de decisiones asamblearias, los "motivos graves" deben evaluarse teniendo en cuenta no solo el eventual perjuicio que podrá ocasionar la medida a terceros, sino primordialmente para el interés social, que predomina sobre el particular del accionista impugnante"[587].

La corriente jurisprudencial precedentemente indicada, que luego fue continuada ininterrumpidamente por varias Salas del mismo Tribunal, a punto tal de sostener, sin temor a equivocarme, que ese dogma es reiterado en cuanta resolución judicial que analiza la procedencia del pedido de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550, generalmente para denegarla, incurre en el gravísimo error de no comprender, dentro del concepto de interés social, al legítimo ejercicio de los derechos sociales por parte de todos quienes integran el ente social, pues es tan nociva para el "interés objetivo" de la sociedad la decisión asamblearia que afecta el patrimonio del ente, como aquella que suprime o menoscaba el ejercicio de cualquiera de los derechos inderogables de los socios, así como el funcionamiento de la sociedad.

La jurisprudencia aludida incurre en una inadmisible confusión, pues en la defensa de los ejercicios de los derechos de información, de deliberación o de voto no está solo comprometido el "interés particular" de los socios o accionistas, sino el interés de la propia sociedad, pues cabría preguntarse de que manera puede ser ajena al interés social la actitud obstruccionista del grupo de control que evita o menoscaba el ejercicio de tales derechos por parte de algún integrante de la sociedad.

Resulta paradojal que, a la par que nuestros tribunales resolvían en forma harto restrictiva el concepto del interés social, descartando de su seno el legal funcionamiento del ente, otros precedentes jurisprudenciales predicaron la necesaria custodia de los derechos de los socios en toda sociedad comercial, habiendo sido resuelto que es de importancia fundamental, dentro del régimen societario, la defensa de los intereses individuales de los socios (información, deliberación, voto, elección de directores y síndicos, posibilidad de acceder a la dirección de la sociedad, negociabilidad de las acciones, percepción de dividendos, ejercicio del derecho de suscripción preferente etc.), y ello no implica que deba adoptarse una postura que vaya en contra de los derechos de la sociedad, sino que, por el contrario, al proteger los derechos de las personas físicas que la componen, se protege también a la sociedad, y por lo tanto, cuando velamos por el respeto de los procedimientos, defendemos la estabilidad de las decisiones de los órganos societarios, la seguridad de las relaciones jurídicas y de tal modo preservamos los derechos de la sociedad en su integridad(588).

En una posición jurisprudencial más intermedia, se ha resuelto que si bien se admiten intereses particulares de los socios que pudieran eventualmente estar en pugna o en contraposición con el interés social, ello no puede evaluarse ni predicarse en el contexto de apreciación liminar, propio de las medidas cautelares, esto es, analizar si se trataría o no de intereses desvinculados de ese bien concreto perseguido por la relación societaria. Adoptar un criterio distinto implicaría exceder el marco de continencia propio de la medida, más cuando, como reiteradamente se ha dicho, debe adoptarse un temperamento restrictivo(589).

Esta línea de pensamiento tampoco convence, pues además de hacer referencia al absurdo "criterio restrictivo", sobre el cual oportunamente nos explayaremos, convierte al juez en intérprete del interés social, lo cual es sumamente peligroso. La violación de la ley, el estatuto o reglamento, en lo que se refiere al regular ejercicio de los derechos sociales, constituye dato objetivo que, de advertirse con la simple lectura del acta de la asamblea impugnada, debe tornar procedente la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550, sin que resulte necesario una investigación posterior para "vincular" el derecho afectado con el interés de la sociedad. Por otro lado, esta corriente jurisprudencial insiste equivocadamente en calificar como "intereses particulares de los socios" a los derechos inderogables que gozan los mismos como integrantes del ente, cuya protección —como ya ha sido dicho— hace al interés de la sociedad.

Aclarado entonces que el alcance del requisito del "peligro grave" —necesario para el dictado de la cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550— no debe ser solo circunscripto a la posibilidad de perjuicios al patrimonio de la entidad, sino que también se encuentra presente ante las irregularidades advertidas en el funcionamiento de sus órganos o en la violación al normal y regular ejercicio de los derechos sociales, nos abocaremos a los requisitos de "verosimilitud del derecho" y "peligro en la demora", que se encuentran comprendidos dentro del amplio concepto de "peligro grave" a que alude el primer párrafo de dicha norma.

d) La verosimilitud del derecho invocado

Este requisito, propio de toda medida cautelar, es conocido por la doctrina procesalista como el fumus bonis iuris, lo que traducido significa "humo de buen derecho". Con él se predica que quien solicita la medida cautelar debe acreditar en forma sumaria que prima facie le asiste razón.

La exigencia de este requisito, para el dictado favorable de la pretensión cautelar, no significa que se deba requerir la prueba terminante y plena del derecho invocado, sino que resulta suficiente su acreditación liminar, es decir, como lo ha señalado la doctrina y jurisprudencia, que la verosimilitud del derecho debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista, y no como una incontrastable realidad, que sólo se logrará al agotarse el trámite de la acción de fondo(590).

El concepto de "verosimilitud del derecho" ha sido explicado con suma claridad por el Profesor Ramiro Podetti(591), quien sostiene que si bien la comprobación o plena prueba de la existencia de un derecho, no sólo requiere una instrucción suficientemente extensa para formar convicción del juez, sino que exige el contradictorio, es decir, la asistencia, participación o posibilidad de hacerlo de ambos sujetos del interés en litigio, no sucede lo mismo con las medidas cautelares, en las cuales y conforme al interés que las justifica —esto es, el temor de la frustración o su urgencia— exigen disminuir o hasta suprimir la instrucción y demorar la participación de uno de los interesados hasta que se hayan cumplido. De allí que la comprobación de la existencia del derecho se haga en forma sumaria, de manera que proporcione al juzgador la verosimilitud del derecho en que el peticionante se funda para sostener sus pretensiones.

Con otras palabras, la verosimilitud del derecho supone la obligación, para el peticionario de la medida cautelar, de acreditar el derecho que le asiste, arrimando los elementos idóneos para producir convicción en el ánimo del juzgador sobre la apariencia dé aquél, teniendo siempre presente que el tribunal no valora, al proveer esa medida, el fondo de las cosas, sino tan sólo su aparente credibilidad. En el caso que nos ocupa, es decir, tratándose de obtener la suspensión provisoria de la decisión asamblearia, la presentación del acta de asamblea es quizá la prueba fundamental, pues si de ella surge la existencia de una nulidad manifiesta, el cumplimiento de ese requisito debe tenérselo por acreditado(592).

En tal sentido, ha sido sostenido por autorizada doctrina que demostrado prima facie que se configura alguna de las violaciones a que se refiere el art. 251 de la ley 19.550, no ha de requerirse comprobación ni decisión acerca de la magnitud o cuantía de aquellas, ni siquiera alegación ni prueba de daño o perjuicio, presente o potencial del accionante, pues si de los recaudos presentados surge en forma manifiesta e inequívoca que el acto asambleario que se impugna viola la ley, los estatutos, o el reglamento, los "motivos graves" se configuran por ese solo hecho, pues un acto de tal naturaleza no es obligatorio para los accionistas ni debe ser cumplido por el directorio (arg. art. 233)(593).

En definitiva, la verosimilitud del derecho debe rectamente entenderse, a los fines cautelares como la probabilidad de que el derecho exista y no como una incontrastable realidad que solo se logrará al agotarse el trámite(594), pero ello no

significa aceptar sin más cualquier argumento del peticionante, pues como bien ha dicho la jurisprudencia, a los fines de lo dispuesto por el art. 252 de la ley 19.550, "...no se trata de considerar intenciones o motivaciones sino hechos concretos que hubiesen provocado perjuicios a los intereses que deben ser cuidados"(595).

e) El peligro en la demora

Debe entenderse reunido el requisito del peligro en la demora, o periculum in mora, a los fines cautelares, cuando existe posibilidad cierta y concreta que de la ejecución de la decisión asamblearia atacada de nulidad, puedan consumarse hechos que causen perjuicios irreparables a la sociedad.

Este requisito constituye, según Podetti(596), el interés jurídico que las justifica, pues no existe medida cautelar alguna que no se dé para disipar un temor de daño inminente, sea que se exija su acreditación prima facie, sea que se presuma por las circunstancias del caso.

La petición de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550 debe presuponer, pues, la existencia de un riesgo para el caso de demorarse la prestación de la cautela jurisdiccional, a los fines de que la sentencia a dictar en el procedimiento principal tenga eficacia. Sin embargo, ello no significa que se requiera daño efectivo sufrido por el peticionante, sino que basta la sola posibilidad de que ello ocurra, en la medida que ello sea verosímil. Es suficiente, pues, el temor de un daño, pues ello configura el interés jurídico que justifica el adelanto jurisdiccional.

Si bien hemos expresado en párrafos anteriores, que la existencia del probable perjuicio que la resolución asamblearia puede ocasionar a quien solicita la cautelar, requiere en principio la acreditación de su existencia, ello puede resultar en ocasiones innecesario, cuando el peligro invocado es consecuencia natural de la ejecución de la resolución impugnada, y su nulidad surge manifiesta de las constancias documentales del acto atacado de nulidad. Tal sería, a título de ejemplo, el caso de resolver por asamblea un aumento del capital social con entrega de las correspondientes acciones a terceros, sin respetar los requisitos previstos por los arts. 194 y 197 de la ley 19.550.

Ello no significa, sin embargo, que el simple temor del solicitante sea suficiente a los efectos de tener por acreditado este extremo, sino que la posibilidad del daño debe surgir en forma objetiva, lo que significa, siguiendo un precedente jurisprudencial, que esa probabilidad debe derivar de hechos que pueden ser apreciados por terceros en sus posibles consecuencias(597).

En tal sentido, la jurisprudencia ha resuelto, en casos en que ha debido abocarse a la procedencia de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550, que no resulta suficiente la falta de confiabilidad que la resolución asamblearia pueda causar a terceros respecto de la sociedad, en la medida en que no es ése el perjuicio requerido por el art. 252 mencionado(598), ni la inquietud, preocupación o temor del accionista sobre las consecuencias de la ejecución del acto asambleario(599), sino que lo efectivamente requerido por la ley es la

invocación de hechos concretos que persuadan al juzgador que, de no dictar la medida con la celeridad que ella requiere, pueden producirse perjuicios concretos en la sociedad.

Un elemento que la jurisprudencia tiene en cuenta a los fines de merituar la presencia de este requisito es el plazo que el actor impugnante se ha tomado para requerir el dictado de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550. En tal sentido fue sostenido que "En tanto se pretende la declaración de nulidad de asambleas celebradas desde hace tres años y la acción judicial se dedujo un año después de la declaración de nulidad de la última de ellas, no se aprecia configurada objetivamente el peligro en la demora"(600).

f) Que no medie perjuicio para terceros. La cuestión de la ejecución de la decisión asamblearia como maniobra para enervar la aplicación del art. 252 de la ley 19.550

Dispone el art. 252 de la ley 19.550 que la medida cautelar prevista en dicha norma es improcedente ante la eventualidad de que el dictado de la misma pueda ocasionar perjuicios para terceros.

Ello es de toda obviedad si se repara en el principio general de derecho societario, que predica que los terceros ajenos a la sociedad no pueden ser afectados por el irregular o deficiente funcionamiento de la compañía.

Sin embargo, para que tal posibilidad pueda ser invocada, es necesario que la sociedad afectada por el dictado de esta medida cautelar y cuya revocatoria pretende, identifique concretamente a esos terceros supuestamente perjudicados.

Ahora bien, La supuesta afectación de los derechos de los terceros, producida por el dictado de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550 es cuestión que debe ser cuidadosamente analizada y puesta en sus justos límites, pues la jurisprudencia ha hecho extensivo este recaudo, denegando la medida cuando afecta el interés de la sociedad, lo cual no se corresponde con las intenciones del legislador ni con la clara finalidad de la medida cautelar en estudio.

Lo que el art. 252 de la ley 19.550 pretende cuando impone la inexistencia de perjuicios para terceros como requisito de admisibilidad de la medida allí prevista, es que la decisión asamblearia haya sido ejecutada o esté en vías de ejecución, mediante contrataciones con terceros de buena fe, para quienes la eventual nulidad que se decrete les resultará inoponible en cuanto se ha creado para ellos una apariencia eficaz; en la medida en que —como claramente lo sostiene la doctrina— no corresponde exigir a esos terceros investigaciones sobre el funcionamiento sin vicios de los órganos sociales, y que la seguridad jurídica exige que puedan confiar en la apariencia jurídica creada(601).

Por consiguiente, es necesario clarificar la cuestión y, como sostiene Bendersky(602), compatibilizar las peticiones del impugnante con la salvaguarda de aquel justificado requerimiento. Por ello, cabe señalar:

a) Que los terceros deben ser de buena fe, pues aunque ello no surja en forma expresa de la ley, resulta implícitamente comprendido cuando con ello se evita que la vinculación de tales terceros con el acto impugnado forme parte de una estrategia concebida a los fines de preconstituir un obstáculo a la suspensión judicial de la asamblea(603).

b) Como lógica consecuencia, los accionistas de la sociedad cuya decisión asamblearia se impugna no pueden ser considerados como terceros a los fines del art. 252 de la ley 19.550, en la medida en que para ser considerados como tales se debe requerir el desconocimiento del vicio del acuerdo, lo cual no es excusable para quienes integran el órgano de la sociedad, hayan o no hayan participado en la decisión impugnada(604).

Si bien tales conclusiones parecen evidentes, la jurisprudencia ha registrado precedentes contradictorios en la materia, pues por un lado la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso "Salzmann Ricardo Jorge c/ La Holando Sudamericana de Seguros SA s/ medida precautoria", dictada el 23 de octubre de 1997, sostuvo que resulta cuanto menos opinable la exclusión de los socios de la categoría de terceros prevista por el art. 252 de la ley 19.550, fundada en una interpretación circunscripta exclusivamente a los perjuicios que se pudieran ocasionar a los terceros de buena fe, por otro lado, el Juzgado Civil y Comercial de Mendoza nro. 11, en una decisión firme del 30 de abril de 1996, dictado en el caso "Conocente Miguel y otro c/ Sanatorio Policlínico de Cuyo s/ cumplimiento de contrato", sostuvo textualmente que en materia de nulidad de decisiones asamblearias, deben considerarse como terceros a toda persona ajena a la sociedad, descartando de este concepto a quienes ostentan derechos surgidos del acuerdo mismo. Los accionistas carecen de la calidad de terceros con respecto al acto asambleario declarado nulo, aunque sean de buena fe, y aunque no hayan intervenido en el acuerdo anulado.

Obviamente, nos inclinamos en el sentido de este último fallo, pues el concepto de buena fe supone error excusable y nadie puede alegarlo si no ha realizado investigaciones previas sobre el acto antecedente. Los integrantes de una sociedad anónima, con excepción quizás de aquellas compañías que hacen cotización pública de sus acciones, se encuentran en condiciones de conocer los vicios que afectan el acto asambleario, y con mucha más razón los integrantes del directorio y órgano de fiscalización interna. Por ello, carece de todo sentido proteger a los mismos cuando los requisitos de procedencia de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550 se encuentran presentes.

Es pues de toda evidencia que cuando el art. 252 de la ley 19.550 se refiere a los terceros, el legislador trata de protegerlos en el supuesto de que éstos hubieran estado imposibilitados de conocer el vicio atribuido al acto asambleario, pero tal imposibilidad no puede configurarse a través de la conducta indiferente o negligente demostrada en la averiguación de los antecedentes del acto atacado de nulidad.

Aclarado ello, corresponde abocarse al supuesto que se presenta cuando, dictada favorablemente la medida cautelar en análisis, ella ya ha sido ejecutada, lo cual es supuesto frecuente en nuestra práctica societaria, cuando se aprueba

asamblearíamente una remuneración a favor de los administradores que supera holgadamente los límites previstos por el art. 261 de la ley 19.550.

¿Qué es lo que quiso decir el legislador societario, cuando en el art. 252 prescribió que "El juez puede suspender a pedido de parte, sin existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad"?

Dos son las interpretaciones posibles: a) Que solo se suspenden provisoriamente, a título de medida cautelar, las decisiones asamblearias que están pendientes de ejecución, como parece ser la interpretación literal de la norma o b) Que los redactores de la ley 19.550 partieron de la base de que toda decisión asamblearia es susceptible de ser ejecutada o, con otras palabras, que no existe acuerdo asambleario que no requiera de ejecución. Esta es la interpretación que, a mi modo de ver las cosas, mejor traduce la finalidad del legislador, que a diferencia del método exegético, es la única forma eficaz que existe de interpretar un cuerpo normativo.

De manera tal que, a nuestro criterio, todo acuerdo asambleario requiere su correspondiente ejecución por el órgano de administración de la sociedad, y así parece surgir expresamente del art. 233 tercer párrafo de la ley 19.550, cuando dispone que las resoluciones sociales "deben ser cumplidas por el directorio". A título de ejemplo, la práctica societaria así lo demuestra, toda vez que la aprobación de los estados contables se ejecutan mediante la circulación y exhibición a terceros de las cuentas de la sociedad; la decisión de la asamblea que aprobó la distribución de dividendos o la remuneración de los directores se ejecuta abonando esas sumas de dinero a sus beneficiarios; la aprobación de una acción social de responsabilidad de ejecuta iniciando el juicio respectivo, y la designación de nuevas autoridades se ejecuta mediante la asunción del cargo por quienes han sido votados para integrar el órgano de administración de la compañía. De modo entonces que, por tales argumentos, no podemos sino concluir que la intención del legislador, al redactar el art. 252 de la ley 19.550, fue proveer al juez interviniente en el juicio de impugnación de una asamblea, un instrumento eficaz para volver las cosas para atrás, esto es, para antes de la fecha del acto asambleario cuestionado en su validez.

Y como en principio, atento el brevísimo plazo de prescripción —o caducidad para quien comparte este criterio— previsto por el art. 251 de la ley 19.550 para iniciar la acción de impugnación de la decisión asamblearia, es casi impensable sostener que al vencimiento del plazo de los 90 días previstos por dicha norma, las decisiones asamblearias están totalmente ejecutadas, es que el legislador societario redactó la norma del art. 252 como lo hizo, lo cual, sobre la base de una interpretación literal o exegética de dicha norma, hizo sostener a la jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles, en forma por demás equivocada, que cuando el acuerdo asambleario en crisis estaba ya ejecutado, no había entonces medida cautelar por trabar[(605)], sin advertir que ese argumento, como fuera expresado en un antiguo fallo de la sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial, encierra un verdadero contrasentido, pues de ser ello

así, no se advertiría el gravamen que el decisorio recurrido pueda causar a la quejosa(606).

Sin embargo, el razonamiento de la improcedencia de la medida cautelar prevista en el art. 252 de la ley 19.550 cuando la decisión asamblearia había sido ya ejecutada, fue llevado al extremo por la jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles, al predicar la existencia de acuerdos asamblearios no ejecutables o sostener, en esa misma línea de pensamiento que, cuando los accionistas aprobaban una decisión asamblearia que no era susceptible de ejecución, la aludida medida cautelar resultaba totalmente inaplicable. De tal modo, durante casi 20 años, se sostuvo, mediante un criterio absolutamente alejado de la realidad, carente de fundamento legal y hasta de sentido común —criterio que hoy se encuentra casi abandonado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, donde este temperamento campeó con todo su esplendor durante los años noventa del siglo pasado y principios de esta centuria— que, "como regla general, las decisiones asamblearias que aprueban los estados contables de un ejercicio no son susceptibles de ser suspendidas, puesto que se agotan con su resolución, sin que exista elemento alguno que permita inferir la ejecución de la decisión respectiva", doctrina judicial por todos conocida, que mereció el dictado de decenas de fallos favorables —entre los cuales se encuentra la resolución que en los párrafos siguientes será objeto de comentario— y que permitió la circulación de balances falsos en el mercado, mientras se sustanciaba, durante muchos años, el juicio de nulidad de la decisión asamblearia que los había aprobado.

Y como no podía ser de otra manera, porque lamentablemente así suceden las cosas en nuestro país, el criterio, de subordinar el dictado de la suspensión provisoria de los efectos de las decisiones asamblearias a que las mismas se encuentren pendientes de ejecución, llevó al extremo que muchos administradores societarios poco afectos al respeto de la ley, procedieran a ejecutar inmediatamente las decisiones asamblearias para evitar o enervar los efectos de la medida precautoria prevista en el art. 252 de la ley 19.550, abonando a los directores sus honorarios en forma casi inmediata con la clausura de la asamblea en donde los mismos habían sido aprobados, llegándose incluso al extremo de que esa "ejecución" ya había sido efectuada incluso antes que la decisión asamblearia haya sido adoptada, como sucede cuando se permite que los directores puedan retirar sus honorarios a cuenta durante el ejercicio en el cual mismos se generan, todo lo cual muestra el absurdo de subordinar la eficacia del art. 252 de la ley 19.550 a la pendencia del cumplimiento por el directorio de los acuerdos asamblearios impugnados de nulidad.

Un razonamiento más que condena la interpretación que supedita el dictado de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550 al hecho de que la decisión asamblearia impugnada de nulidad no se encuentre ejecutada es el siguiente: la designación de directores, mediante la violación del derecho al ejercicio de voto acumulativo podría no ser susceptible de suspensión en sus efectos, si el nuevo directorio, designado ilegítimamente, asumió sus funciones de inmediato, pues no otra cosa supone la ejecución del acuerdo asambleario que ha designado nuevos administradores. Si partimos de la base que jamás la respectiva demanda de nulidad podría ser interpuesta antes de la asunción del

cargo por los nuevos integrantes del órgano de administración, por ser ese el curso natural de los acontecimientos, deberíamos llegar a la conclusión que el aludido acuerdo no está comprendido en la hipótesis del art. 252 de la ley 19.550, lo cual constituye es conclusión inconcebible.

En definitiva y como hemos sostenido, siendo evidente que el propósito de la medida cautelar en análisis es evitar perjuicios a la sociedad y enervar la posibilidad de que la sentencia que se dicte en el juicio de nulidad previsto en el art. 251 de la ley 19.550 se torne de cumplimiento imposible, ello se podrá lograr no solo mediante la suspensión de los efectos del acuerdo asambleario atacado de nulidad cuando el mismo no se haya ejecutado o lo haya sido parcialmente, sino adoptando otras medidas cautelares, de similar eficacia, como el embargo de las cuentas de los directores beneficiados con honorarios aprobados en exceso a la norma del art. 261 de la ley 19.550, la inhibición general de bienes o cualquier otra medida (art. 232 del Código Procesal) que permita retrotraer las cosas al estado anterior a la celebración de la asamblea en crisis.

Afortunadamente, algún fallo provincial puso las cosas en su lugar, sosteniéndose textualmente que "Si bien alguna jurisprudencia se ha inclinado por considerar que los efectos de la suspensión del art. 252 de la ley 19.550 solo puede extenderse a las resoluciones que se encuentran pendientes de ejecución, nos inclinamos por seguir a quienes estiman que dicha hermenéutica frustra la finalidad tuitiva de la norma —que consiste en evitar un daño a la sociedad— por lo que el hecho de que ese daño se hubiera producido efectivamente, por haberse "ejecutado" la decisión asamblearia impugnada de nulidad, no implica que el Poder Judicial se encuentre impotente para evitar la inocuidad del procedimiento que determina el litigio, sino que es su función asegurar el futuro cumplimiento de una eventual sentencia favorable"[607], pues solo una interpretación literal del art. 252 de la ley 19.550 —que siempre es la peor de las interpretaciones de un texto legal— puede llevar a sostener una tesitura contraria. Esta corriente jurisprudencial abreva de un antiguo y aislado fallo de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, donde se sostuvo que "El argumento utilizado por la sociedad demandada, consistente en haber sido ya ejecutada la decisión asamblearia suspendida, en los términos del art. 252 de la ley 19.550 encierra un verdadero contrasentido, pues de ser ello así no se advertiría el gravamen que el decisorio recurrido causa a la quejosa, amén de que en definitiva, la inscripción registral no importa de suyo la ejecución de medidas a concretar mediante un resultado efectivo, como en el caso de emisión accionaria, su suscripción, la entrega de los títulos, etc."[608].

g) Prestación de contracautela suficiente

A ella se refiere el art. 252 de la ley 19.550 cuando nos habla de la garantía que debe ofrecer el peticionante, a los fines de responder por los daños que dicha medida pueda causar a la sociedad.

La contracautela es, como sostiene nuestra doctrina procesalista, el necesario contrapeso de su despacho inaudita parte[609], pues con ella se asegura que la medida cautelar debe ser doble, asegurando al actor un derecho aún no actuado,

y al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños, si aquel derecho no existiera o no llegara a actualizarse.

La prestación de contracautela a la medida que nos ocupa ha sido seriamente cuestionada por autores de la talla de Bendersky(610), quien no advierte la razón de exigir garantía suficiente al peticionante de la medida cuando ella sólo ha de ser decretada existiendo motivos graves que lo justifiquen. Esos argumentos, si bien fundados, no pueden ser, a mi juicio, compartidos, pues no sólo la suspensión preventiva ha de decretarse en los casos en que la nulidad surja manifiesta del acto, único supuesto en que la doctrina de Bendersky parecería tener aplicación —en la medida que esas resoluciones no podrían ser ejecutadas por el directorio de la sociedad—, sino que su campo de acción comprende también aquellos casos en que la nulidad no surge explícitamente de las constancias documentales del acto, en cuyo caso no parece prudente eximir de contracautela a quien peticiona la suspensión provisoria de la decisión asamblearia atacada de nulidad.

El problema es otro: el determinar la cuantía de la contracautela a prestar, lo cual requiere la prudencia del juzgador para evitar que la medida precautoria se torne ilusoria y que sólo constituya herramienta de los accionistas solventes. La jurisprudencia, consciente de ese problema, ha limitado el concepto de "garantía suficiente" a que se refiere el art. 252 de la ley 19.550, vinculándolo inescindiblemente con los restantes requisitos que el peticionante debe acreditar para la procedencia de la medida, de modo tal que si los motivos de éste son atendibles, y existiendo verosimilitud del derecho y peligro en la demora, la graduación de la garantía debe ser efectuada con prudencia y discreción(611).

Con otras palabras, la estimación de la contracautela exigida por el art. 252 de la ley 19.550 debe ponderarse solo en función de los eventuales daños que pueda sufrir la sociedad como consecuencia de la medida cautelar prevista en dicha norma y no sobre los valores patrimoniales en litigio, que ninguna relación tiene con la determinación de dicha caución(612). Así lo ha reconocido la jurisprudencia de nuestros tribunales, resolviéndose que la pauta a seguir en materia de fijación de la contracautela se encuentra dada por la graduación de la verosimilitud del derecho alegado y por las características del caso, debiendo analizarse no solo los presupuestos genéricos inherentes a la precautoria pedida, sino también al menoscabo patrimonial que a la postre pudiera derivarse, y, como contrapartida, que el monto que se fije no resulte tan gravoso que importe en los hechos una verdadera imposibilidad de acceso a la cautela(613). En este mismo sentido, y a los fines de no frustrar, merced al instituto de la contracautela, la efectividad del remedio previsto por el art. 252 de la ley 19.550, se resolvió con toda razón que el monto a afianzar no puede superar el monto del capital accionario del accionista impugnante(614).

Con la misma orientación, la jurisprudencia ha aceptado el ofrecimiento de las propias acciones que el peticionante es titular en la sociedad demandada, lo cual no constituye hipótesis subsumible en la prohibición prevista por el art. 222 de la ley 19.550 —que veda a la sociedad recibir sus acciones en garantía—, sino que en el caso la eventual realización de la contracautela se traduciría en la venta judicial de las acciones a terceros, sin afectarse el capital social(615), solución que

nos resulta acertada y compatible con el interés que el art. 251 de la ley 19.550 pretende tutelar.

Sin embargo, para que puedan ser aceptada, en concepto de contracautela, las acciones de que el accionista impugnante es titular en la sociedad demandada, es necesario que las mismas sean objeto de una valuación seria, que surja del patrimonio neto de los estados contables de la sociedad o de cualquier documento que permitan ser justipreciadas judicialmente en el marco de las facultades que le son inherentes(616). El problema se presenta cuando quien ha promovido la acción judicial prevista por el art. 251 de la ley 19.550 y requiere la medida cautelar de suspensión provisoria de la ejecución de las decisiones atacadas de nulidad, ha cuestionado la veracidad de los estados contables, aprobados por medio de los acuerdos cuya invalidez pretende. Sin embargo, esa hipótesis no descarta la posibilidad de aceptar como contracautela las acciones que el actor es titular en la compañía demandada, pues el juez deberá analizar si las impugnaciones efectuadas a los estados contables afectan de alguna manera la valuación de los títulos accionarios, sin perjuicio de aclarar que, aceptada tal contracautela, la sociedad no podrá luego cuestionarla con el argumento de que el valor de las acciones ha sido efectuada con base a los estados contables que el mismo impugnante ha cuestionado, pues tal manera de proceder importaría una conducta reñida con sus actos anteriores (la aprobación de los balances, tal cual fueron ellos presentados en la asamblea impugnada), actuación que nuestro derecho no admite ni tolera.

Ahora bien, existen determinados supuestos donde el juez no se encuentra obligado a aceptar las acciones del socio impugnante como suficiente contracautela, y ello sucede cuando existe conflicto sobre el carácter de accionista del actor, pues como ha sido resuelto por la jurisprudencia, si en el futuro se decidiera que el demandante no es socio de la sociedad demandada, no existirían bienes aportados por aquel con los que afrontar los perjuicios que ocasiona el reclamo, por lo que, ante tales situaciones, la cautela debe ser sustituida por una caución real(617).

En definitiva, la contracautela prevista por el último párrafo del art. 252 de la ley 19.550 no puede ser tan gravosa que, de hecho, impida la suspensión del acto asambleario atacado de nulidad, cuando el juez "a quo" consideró que concurren motivos graves para justificar la medida(618).

La sociedad demandada, enterada del dictado de la medida cautelar en su contra, puede requerir la ampliación del monto de la contracautela decidida por el "a quo", pero para ello aquella debe explicitar las razones por los cuales los daños y perjuicios que pudiera generar la medida cautelar dictada en los términos del art. 252 de la ley 19.550 no resultan suficientemente garantizados mediante la contracautela fijada; de lo contrario, la impugnación al monto de la misma no puede progresar(619).

La existencia de varias demandas de nulidad contra una misma resolución asamblearia determina la necesaria unificación de garantías. Ello, si bien tampoco surge del texto de la ley, parece conclusión evidente, atento a que el perjuicio que con la contracautela se pretende evitar es común a todos los

procesos de idéntico contenido[620]. En tal caso, el tribunal procederá a unificar las garantías en el momento de ordenar la prosecución de los juicios, conforme lo dispone el art. 253, primer párrafo, de la ley 19.550.

Finalmente, cabe señalar qué la prestación de contracautela no debe ser requerida a quien actúa cumpliendo un imperativo legal. Es el caso. de los directores; síndicos y consejeros de vigilancia, a quienes la ley, más allá de los términos que para los primeros emplea el art. 251 de la ley 19.550, impone la obligación de promover la acción de impugnación, bajo pena de incurrir en responsabilidades[621].

h) La irreparabilidad del perjuicio

Conforme lo sostiene Peyrano, es el presupuesto propio y característico de la medida cautelar innovativa, teniendo en cuenta que la suspensión de la ejecución de la resolución asamblearia impugnada constituye un claro ejemplo de ello[622].

Este presupuesto implica que la situación que se pretende innovar ocasionaría, de subsistir, un daño irreparable al pretensor, no siempre reparado adecuadamente con una indemnización monetaria[623]. En el caso particular de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550, parece obvio sostener que ese requisito está implícitamente comprendido, pues la sentencia a pronunciarse en la acción de impugnación de acuerdos asamblearios, a la cual aquélla pretende otorgar eficacia, será una acción declarativa de nulidad, en beneficio de la propia sociedad, atento al carácter de acción social que reviste. Dicha acción de impugnación se agota con la sentencia, con los efectos previstos por los derogados arts. 1050 y 1052 del Código Civil y hoy por el art. 390 del Código Civil y Comercial de la Nación, y de allí que la pretensión nulificatoria tienda exclusivamente a obtener la invalidez del acto atacado, sin que interese —en principio y salvo supuestos excepcionales— una indemnización monetaria sustitutiva y posterior, la cual sí podrá ser reclamada en juicio independiente —acumulada o no a la de impugnación— sólo por las consecuencias que la declaración de nulidad pudiera ocasionar, en los términos del art. 254 primer párrafo, de la ley 19.550.

16.4. ¿Debe ser decretada la suspensión provisoria de la ejecución de decisiones asamblearias con criterio restrictivo?

En primer lugar, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no existe norma alguna que disponga la utilización por el magistrado interviniente, del carácter restrictivo para la adopción de medidas precautorias. Solo se refiere a ellas el art. 225 segundo párrafo, cuando, refiriéndose a la intervención judicial en cualquiera de sus modalidades, prescribe que el juez apreciará su procedencia con criterio restrictivo, lo cual coincide exactamente con lo dispuesto por el art. 114 segundo párrafo de la ley 19.550, cuando establece, bajo el título de "Criterio Restrictivo", que "El juez apreciará la procedencia de la intervención con criterio restrictivo".

De manera entonces que no hay ninguna norma que establezca la admisión del criterio restrictivo para dictar medidas cautelares, salvo la intervención judicial, lo cual se explica por el hecho de que el desplazamiento de las autoridades de una sociedad por un funcionario judicial, puede afectar la operatividad del ente, en lo que respecta a sus relaciones con terceros. Podría discutirse con razón que este criterio solo encuentra fundamento para la designación de un administrador judicial, en reemplazo de la totalidad de los órganos naturales de la sociedad y que nada justifica el carácter restrictivo para la designación de un veedor judicial, cuya actuación no trasciende el ámbito interno de la sociedad, pero no es ésta una discusión que merezca mayores consideraciones, pues ni el art. 225 del ordenamiento de rito ni el art. 114 de la ley 19.550 hacen diferencia alguna.

Por otro lado, si partimos de la base que la ley 19.550 contempla cuatro medidas cautelares "específicamente societarias", como la suspensión provisoria de los derechos del socio contra quien se ha iniciado una acción de exclusión (art. 91), la intervención judicial en la administración societaria (arts. 113 a 117), la suspensión provisoria de los efectos de las decisiones asamblearias atacadas de nulidad (art. 252) y la suspensión provisoria del directorio que ha incumplido con las obligaciones emergentes de la emisión de debentures (art. 346), y solo a una de ellas ha impuesto el carácter restrictivo de apreciación y admisión, no debe hacerse un gran esfuerzo intelectual para concluir que ese criterio no es aplicable para las otras medidas cautelares. Sostener que éstas debe ser así interpretadas porque todas las medidas cautelares están sujetas al criterio restrictivo, a pesar, como se dijo, de que ninguna norma procesal así lo dispone, ello no habla bien del legislador societario, pues si tal fuere la pauta de apreciación de toda medida precautoria, ¿para que incluyó el criterio restrictivo en un texto específico de la ley 19.550? Salvo, claro está que, que alguien pueda sostener que los redactores del ordenamiento societario vigente hubiesen partido de la idea del escaso nivel de comprensión de la normativa legal por parte de los ciudadanos argentinos, a los cuales hay que reiterarles los conceptos en varias normas jurídicas, para que todo quede claro, criterio que, como es obvio, no es presumible ni es, por ello, un temperamento que pueda ser compartido.

No olvidemos, al respecto, que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en forma reiterada que en materia de interpretación de la ley, debe asignarse a las palabras su sentido propio, computando que los términos empleados no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito[(624)], jurisprudencia que viene al caso citar, porque a tenor de ella puede interpretarse que con la remisión al criterio restrictivo en materia de intervención judicial de las sociedades comerciales, el legislador de 1972 ha querido dejar en claro que las restantes medidas precautorias previstas en la referida ley no deben ser interpretadas con criterio restrictivo.

Finalmente, no debe olvidarse que existe una importante corriente jurisprudencial que predica exactamente el criterio opuesto, esto es, el carácter amplio en la interpretación y admisión de las medidas cautelares[(625)]y así lo resolvió la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en un reciente fallo del 21 de febrero de 2013, en donde se admitió que en materia de medidas precautorias debe procederse con criterio amplio, para evitar la frustración de los derechos de las partes, así como el dictado de

pronunciamientos que al fin resulten inoficiosos o de improbable cumplimiento, y al respecto, el posible peligro de medidas pedidas abusivamente no puede erigirse en un fantasma para negar las que sí son procedentes"[626].

Aclarado ello, los argumentos mediante los cuales la jurisprudencia ha entendido procedente el criterio restrictivo para la medida cautelar prevista en el art. 252 de la ley 19.550 son los siguientes:

a) Atento las consecuencias que la suspensión de los efectos de las decisiones asamblearias puede acarrear a la sociedad y a los terceros que con ella contrataron[627].

b) El referido carácter restrictivo de apreciación de la medida cautelar de suspensión de los efectos de las decisiones asamblearias solo la torna procedente para el caso de que la ejecución de las mismas se convierta en nociva para la gestión social o se trate de un acto que cause, con sus suspensión, perjuicios irreparables o mayores que con la suspensión[628].

Estos argumentos tampoco son convincentes, por distintos fundamentos que paso a exponer: En primer lugar, el dictado positivo de la medida cautelar en análisis —suspensión provisoria de los efectos de decisiones asamblearias atacadas de nulidad— jamás puede afectar a terceros, pues los acuerdos adoptados por los órganos sociales no son vinculantes para quienes no integran la sociedad, los cuales siempre pueden impugnarlos, a través de las acciones de derecho común, cuando les resulte conveniente. Es de toda obviedad que una decisión asamblearia que aprueba los estados contables no puede imponerse obligatoriamente a las instituciones crediticias a las cuales la sociedad recurra en procura de créditos, ni puede tampoco ser vinculante para los terceros una decisión de la asamblea o reunión de socios que deje sin efecto una precedente actuación del órgano de administración del ente, con el cual el tercero se vinculó contractualmente. De modo entonces que, el primero de los argumentos jurisprudencialmente esgrimidos para justificar el criterio restrictivo en la adopción de la medida cautelar prevista en el art. 252 de la ley 19.550, peca de un dogmatismo incompatible con la interpretación finalista de la normativa legal.

Pero aún cuando se sostenga lo contrario, esto es, que el tan mentado criterio restrictivo es aplicable a la medida precautoria en cuestión, una simple lectura de la norma del art. 252 de la ley 19.550 permite concluir en sentido diverso, toda vez que la inexistencia de perjuicios a terceros es requisito básico del dictado de dicha cautelar, y no solo una mera pauta de interpretación o admisión de la misma.

En definitiva: la ley 19.550 no requiere criterio restrictivo para la apreciación del criterio restrictivo cuando se trata de apreciar la procedencia de la medida cautelar prevista en el art. 252 de la ley 19.550, por lo que dicho criterio debe entenderse ausente a la hora de resolver la procedencia de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550 y, contrariamente al criterio jurisprudencial antes aludido, entiendo que en materia de medidas precautorias hay que proceder con criterio amplio, para evitar la frustración del derecho de

quien lo solicita[629], siendo preferible en caso de duda el exceso en acordar la medida que la parquedad en negarla[630].

Finalmente, la imposición del criterio restrictivo, como pauta de juzgamiento impuesta legalmente, constituye un gravísimo error, y nada mejor, para explicar nuestra disidencia con ese criterio legal, las palabras del ex magistrado y profesor de derecho comercial, Edgardo Marcelo Alberti, quien como integrante de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, bien que referido a la apreciación de las pruebas, pero con razonamientos plenamente aplicables al juzgamiento de una medida cautelar, expresó que "Los llamados criterios amplios o restrictivos son excusantes retóricas del cometido de los jueces de analizar las pruebas y de cuanto lo convenzan tales diligencias. Son peticiones de principio que oscurecen la trascendencia de la labor de oír los testigos, leer los documentos y extraer una conclusión discursivamente expuesta de lo acontecido, tal cual lo hagan suponer sucedidos tales elementos. La realización de esa labor de reconstrucción histórica excluye el establecimiento apriorístico de criterio ninguno, porque cualquiera fuere el módulo de interpretación, resultaría indebidamente antepuesto a lo interpretado y distorsionaría la pureza del análisis del intérprete"[631].

16.5. La anotación de la demanda impugnatoria en el Registro Público

A diferencia de otras legislaciones, en las cuales se prevé y reglamenta la anotación de la litis impugnatoria en los registros mercantiles[632], la ley 19.550 no dispone esa anotación, lo cual no obsta a su procedencia, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 229 y 232 del Código Procesal, pues con ello se asegura, a quien la obtiene, para aquellos casos en que el acuerdo impugnado deba ser inscrito en el Registro Público, que el tercero que se disponga a contratar con la sociedad, tendrá conocimiento de la existencia del pleito en el que se controvierte una pretensión que puede conducir a la modificación de una inscripción, lo cual impedirá a ese tercero invocar la presunción de buena fe a los efectos de la ley sustancial[633].

Se puede entonces coincidir con Favier Dubois (h), que la norma del art. 229 del Código Procesal, que legisla sobre la anotación de litis, puede resultar insuficiente para el caso de que se trata, atento a que, de los propios términos de aquella disposición legal, la medida cautelar de anotación de litis parece circunscrita a demandas referidas a la modificación de titularidades dominiales en los registros correspondientes, lo que parece ajeno al ámbito de la acción de impugnación del acuerdo asambleario. No obstante ello, y atento al fundamento que inspiró al legislador al incorporar la anotación de litis al ordenamiento procesal, no encontramos obstáculo para su procedencia en nuestra materia, quizá con invocación de lo dispuesto por el art. 232 del citado ordenamiento, que legisla sobre las medidas cautelares genéricas, a los efectos de enervar —como se ha dicho— la buena fe del tercero y evitar de ese modo que la decisión atacada pueda tener principio de ejecución[634].

16.6. ¿Existen decisiones asamblearias que no son susceptibles de ser suspendidas en su ejecución? El caso de la aprobación de los estados contables

a) Sobre la supuesta improcedencia de la suspensión provisoria de las decisiones asamblearias que resuelven la aprobación de los estados contables de una sociedad comercial

Se trata de un absurdo criterio jurisprudencial que vio la luz a principios de la década del 90, en un período en donde la formulación de ciertas manifestaciones de un "derecho judicial" vedado por la ley, estuvieron a la orden del día. Fue aproximadamente en esa época (1989), donde, entre otras cosas, fue resuelto que la decisión asamblearia aprobatoria de un aumento del capital social era una cuestión no justiciable; que la medida precautoria prevista por el art. 252 de la ley 19.550 solo era admisible cuando estaba afectado "el interés social objetivo" —concepto que no encuentra la menor referencia en la ley 19.550— y que la violación a los derechos inderogables de los accionistas por parte de un acuerdo asambleario, siempre por vía de "principio", no configuraban motivos graves para tornar procedente esa cautelar(635).

En cuanto a la impugnación judicial de la resolución asamblearia que aprobó los estados contables y la improcedencia de dictar contra ella, a título cautelar, la suspensión provisoria de los efectos de ese acuerdo, fue reiteradamente sostenido, a los fines de fundar en derecho ese criterio negativo que "La aprobación de los estados contables es una cuestión que, como principio, no puede dar lugar a la suspensión prevista por el art. 252 de la ley 19.550, por agotarse la virtualidad de la resolución asamblearia con la decisión misma, al no haber ningún mandato que ejecutar o suspender que pudiera ser consecuencia de esa decisión"(636).

Se funda tal conclusión con el argumento de que "El balance no es otra cosa que la descripción estática de la situación patrimonial de la sociedad en un momento determinado, siendo su objeto el de suministrar información contable a los interesados, determinando el período y exponiendo la situación económica, financiera y patrimonial del ente vigente al tiempo de su confección para conocimiento de aquellos"(637), razón por la cual "la virtualidad de las decisiones asamblearias que simplemente aprueban los estados contables se agota en la resolución misma, sin que exista materia alguna que permita hablar de la ejecución de la decisión respectiva", a punto tal que "Una vez adoptada por los accionistas la decisión de aprobar los balances, nada queda por ejecutar al respecto, pues el sustrato de esa resolución ya se ha agotado en la decisión misma".

Para esta corriente de opinión poco o nada importa cuáles son los vicios de los estados contables aprobados por la decisión asamblearia impugnada, si ellos son simplemente irregulares, insinceros o lisa y llanamente falsos. La jurisprudencia citada no distingue y permite de tal manera la libre circulación de dichos instrumentos, hasta tanto recaiga una sentencia definitiva que invalide los mismos, pues basado en aquel genérico argumento, la decisión asamblearia aprobatoria de los documentos previstos en el art. 234 inc. 1º de la ley 19.550 no

puede ser suspendida en su ejecución, simplemente porque estos documentos no son ejecutables.

Esta manera de razonar y de resolver, además de implicar un discutible concepto de lo que debe entenderse por un balance, es lesiva de los intereses de la comunidad en general, pues en la regular confección de los estados contables no sólo están interesados los integrantes de la sociedad sino también involucrados los intereses del tráfico mercantil.

En primer lugar, ninguna diferencia hace el art. 252 de la ley 19.550 con respecto al contenido de las decisiones asamblearias susceptibles de ser suspendidas en su ejecución. Este fundamento resulta más que suficiente, a mi juicio, para privarle de toda razonabilidad a la referida corriente jurisprudencial.

En segundo lugar, no es cierto que el acuerdo asambleario que aprueba los estados contables (art. 234, inc. 1º, ley 19.550) constituya una "simple" decisión del órgano de gobierno de la sociedad, pues a partir de ese momento, los estados contables que no pasaban de ser hasta allí meros proyectos sobre la situación económica y financiera de la sociedad, elaboradas por su órgano de administración, adquieren el carácter de balance, susceptible de producir innumerables efectos jurídicos(638).

Debe recordarse que, internamente, los estados contables constituyen el instrumento base de la distribución de dividendos entre los socios o accionistas. Basta al respecto manifestar que el art. 68 de la ley 19.550 prohíbe la distribución de esos frutos civiles, al disponer que "Los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos á los socios sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y aprobado por el órgano social competente, salvo el caso previsto en el art. 224, párrafo segundo, las ganancias distribuidas en violación a esta regla son repetibles, con excepción del supuesto previsto en el art. 225".

Repárese asimismo que son tan importantes los requisitos exigidos para la distribución de dividendos, que el art. 224, segundo párrafo de la ley 19.550 reitera casi textualmente la directiva general prevista por el art. 68, al disponer en materia de sociedades anónimas, que "La distribución de dividendos o el pago de interés a los accionistas son lícitos sólo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado".

La mejor prueba de que el pensamiento del legislador societario estaba a miles de kilómetros de la jurisprudencia en análisis, la encontramos en el art. 69 de la ley 19.550, que en lugar de disminuir la importancia de las decisiones asamblearias que aprueban los estados contables, prescribe que el derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables y a la adopción de resoluciones de cualquier orden a su respecto; es irrenunciable y cualquier convención en contrario es nula. A nadie puede escapar que se trata de una norma de evidente orden público o, para los enemigos de este concepto, de no menos evidente carácter imperativo.

Por otra parte, el sistema previsto por el legislador del ordenamiento societario, en materia de honorarios de los directores de las sociedades anónimas está también íntimamente vinculada a la aprobación de los estados contables de la sociedad, en la medida que tales remuneraciones están en directa relación con las ganancias del ejercicio (art. 261 de la ley 19.550), y finalmente, la consideración por los socios o accionistas de los estados contables es presupuesto indispensable para analizar la gestión de los administradores durante el ejercicio que los estados contables reflejan (art. 234 de la ley 19.550).

Mal puede sostenerse, en consecuencia, que la aprobación de los estados contables constituye un acto jurídico carente de efectos, pues cuanto menos, no puede remunerarse a los administradores ni abonarse un solo peso en concepto de dividendos, si dichos instrumentos no han sido aprobados con las mayorías necesarias al efecto.

La doctrina nacional, como sucede siempre que nuestros tribunales encuentran un nuevo dogma o cliché que aplican en forma indiscriminada para resolver conflictos del mismo contenido(639), reaccionó en forma unánime en contra de los dogmáticos postulados que predicaban esta nueva corriente de opinión, pues la experiencia demuestra que no existe otra decisión asamblearia que trascienda o afecte más a terceros que aquella que aprueba los estados contables de una sociedad comercial(640).

Precisamente y ante las críticas recibidas, los tribunales que sostuvieron aquella doctrina, defendieron la misma, sosteniendo que el hecho de predicar que las decisiones asamblearias que aprueban los estados contables no son susceptibles de ser suspendidas en su ejecución, no importa negar que dicho acuerdo proyecte efectos que lo trascienden, "...mas éstos no importan una 'ejecución' de la decisión, sino hechos distintos de ella, que aun cuando puedan considerarse como su consecuencia, en rigor son diferenciables de aquella. Por tanto, lo que corresponderá, en todo caso, es perseguir la paralización no ya de la ejecución de la resolución asamblearia impugnada, agotada en sí misma, sino la de alguno o algunos de esos efectos"(641).

Más allá de las enormes contradicciones que ofrece ese razonamiento, pues es inadmisible y hasta contradictorio hablar de resoluciones asamblearias supuestamente "agotadas" para predicar que ellas producen luego algunos efectos o consecuencias, resulta un gran despropósito admitir sólo la suspensión de la ejecución de la distribución de dividendos o la remuneración de los directores fundados y sustentados en estados contables falsos, manteniendo vigente el negocio jurídico que constituye su antecedente imprescindible. Bien sostuvo el siempre recordado Oscar García criticando este nuevo criterio de los tribunales comerciales, que si bien es cierto que la decisión asamblearia que aprueba la distribución de dividendos no debe asimilarse a la que aprueba el balance anual, no lo es menos que la primera supone la segunda y que ambas se encuentran íntimamente relacionadas.

De aceptarse el criterio jurisprudencial referido, podrían circular entre la comunidad estados contables irregulares, aún cuando los actos posteriores que son su consecuencia (distribución de dividendos y pago de remuneraciones a los

administradores) se encuentra suspendidos en su ejecución precisamente por la falsedad de tales instrumentos. Tal hipótesis es sencillamente impensable.

Pero ello no es todo, pues la doctrina judicial en análisis, y que se considera peligrosísima en cuanto a sus consecuencias, colisiona frontalmente normas del derecho penal, como lo es el art. 300, inc. 3º del Código Penal, con lo cual se presenta una situación que exhibe una contradicción insostenible, pues por una parte la jurisprudencia emanada de los tribunales mercantiles, valiéndose de una fórmula genérica y vaga, predica la firmeza de las decisiones asamblearias que aprueban los estados contables y permiten la libre circulación de un balance falso en claro perjuicio de la comunidad en general y de la sociedad en particular, hasta su declaración judicial de nulidad, y por la otra, el art. 300, inc. 3º del Código Penal, que expresamente dispone que "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años... el fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias o pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsas o incompletas o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad o reticencia, sobre hechos importantes para apreciar la falsedad económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo", establece gravísimas sanciones —incluso la pérdida de la libertad personal— a quienes han incurrido en falsedades al redactar los estados contables de una sociedad comercial.

Tampoco puede dejar de resaltarse la incongruencia de la tesis jurisprudencial en análisis con otros precedentes del mismo Tribunal que han admitido la intervención judicial con desplazamiento de sus autoridades naturales, argumentándose que la confección de los estados contables falsos, bastaría, aun en el caso de no existir otra causal efectivamente configurada, para proceder a la intervención judicial(642).

El grave error de quienes sostienen la inadmisibilidad de suspender los efectos del acuerdo asambleario aprobatorio del balance consiste en circunscribir la importancia de los estados contables a las relaciones intersocietarias, olvidando que ellos constituyen un instrumento indispensable del comercio en general, al permitir el conocimiento por parte de terceros de la situación económica y financiera de la sociedad.

La jurisprudencia es harto reiterada en destacar la importancia de los balances y demás estados contables en cualquier empresa, destacando que dichos instrumentos cobran especial significado en la sociedad anónima para los socios y los terceros, por su triple función de hacer conocer el estado patrimonial de la sociedad, asegurar la integridad del capital y dar a conocer los negocios sociales y en este orden de ideas ha sido sostenido en infinidad de precedentes que "Las razones fundamentales de la tendencia universal de reglamentar el contenido del balance y demás estados contables se halla en que la estructura de la sociedad anónima contemporánea busca en la información uno de los pilares fundamentales de su regulación y la comprensión cabal de la función múltiple de dichos instrumentos, que con uniformidad le reconoce la doctrina especializada: a) de los acreedores, para que la fijación de las utilidades en el momento

oportuno, no disminuya la garantía de sus cobros, interés que se extiende a la valuación de los bienes; b) de los acreedores partícipes en las utilidades y c) de los accionistas actuales y futuros (ahorro público), para quienes satisface el derecho a la información individualmente y para que puedan cumplir su función en la asamblea"[(643)].

Resulta no menos paradójico que mientras estos fallos han resaltado la importancia de estos instrumentos —que, se reitera, sólo adquieren el carácter de balance y estados contables con el acuerdo asambleario que los aprueba— en las sociedades anónimas y en interés y protección de los terceros, pueda ser sostenido por otra parte, incluso por los mismos tribunales que han destacado la trascendencia de los estados contables, que la aprobación de los mismos no provoca efectos y sí interés "se agota" con la decisión misma.

Si como predica la doctrina judicial en análisis, los balances y estados contables de una sociedad anónima pueden libremente circular dentro del mundo de los negocios, pese a sus manifiestas irregularidades, se está produciendo a la comunidad un enorme daño, pues, y a mero título de ejemplo, los bancos e instituciones financieras podrían otorgar créditos a empresas que han convenientemente "maquillado" sus estados contables para dar a terceros una falsa descripción de su estado patrimonial y financiero, y de la misma manera, los inversores de sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones pueden ser llevados a engaño al efectuar operaciones bursátiles basadas en balances falsos.

Como se observa, no se trata de terceros difusos. Los usos y prácticas mercantiles demuestran hoy esa realidad incontrastable, que quienes administran justicia no pueden ignorar.

Considero en consecuencia que el art. 252 de la ley 19.550 brinda a los jueces un instrumento formidable para evitar las consecuencias de la ejecución de las decisiones asamblearias nulas. Precisamente, a través de la solución legal prevista en dicha norma, puede ser enervada la circulación de instrumentos que, adquiriendo patente de balances y estados contables con la decisión asamblearia que los aprueba, pueden causar gravísimos perjuicios a los terceros y al comercio en general, cuando aquellos no reflejan la verdadera situación de la entidad. Permitir su libre exhibición implica convalidar la mala fe y el fraude que, precisamente, es función del poder judicial evitar.

b) Reacciones contra esa corriente jurisprudencial. La doctrina de los casos "Craig Garry Patrick c/ Panoceánica SAIC y otros s/ incidente de apelación" y "Eguiluz María Lucrecia c/ Establecimientos Los Manantiales SA y otros s/ ordinario"

En forma contemporánea con la adopción, por los tribunales mercantiles, de esta corriente restrictiva de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550, la doctrina nacional en forma casi unánime reaccionó contra esta forma de pensar, y no existieron congresos, jornadas, seminarios u otros eventos de derecho societario, en los cuales no se presentaron ponencias o recomendaciones tendientes, en protección de los intereses de la sociedad, los

socios y fundamentalmente, de la comunidad en general, a impedir los efectos de mantener válida y vigente la circulación de estados contables falsos, así como indemne la responsabilidad de los administradores societarios que los habían confeccionado, pues no otra cosa implicaba la inaplicabilidad de la referida medida cautelar al acuerdo asambleario aprobatorio de la documentación prevista por el art. 234 inc. 1º de la ley 19.550[644].

De esta manera, y en forma paulatina, algunas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en especial la sala B, se fueron pronunciando en sentido contrario a esa manera de resolver[645], basado, fundamentalmente en la importancia y trascendencia que tienen en general los estados contables de una sociedad comercial y así llegamos al dictado de los fallos dictados por la sala F del mismo tribunal en los casos "Craig Garry Patrick c/ Panoceánica SAIC y otros s/ incidente de apelación" dictado en fecha 27 de mayo de 2010 y "Eguiluz María Lucrecia c/ Establecimientos Los Manantiales SA y otros s/ ordinario", del 28 de diciembre de 2010, en los cuales, con los votos de los magistrados Rafael Barreiro y Juan Manuel Ojea Quintana, se volvió a la sana doctrina, esto es, evitar artificiales y dogmáticas distinciones en torno a la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550, del todo inexistentes en su texto.

Para así concluir, los fundamentos expuestos por la mayoría de los magistrados que integran en referido Tribunal fueron los siguientes:

1. Los estados contables —en sentido general y abarcativo— tienen una importancia relevante, siendo el motor de un cúmulo de decisiones, cuya virtualidad no necesariamente se agota con la mera toma de conocimiento del estado financiero y patrimonial de la sociedad. A modo de ejemplo, los dividendos sólo pueden aprobarse y distribuirse cuando resulten de ganancias realizadas y líquidas, producto de un balance confeccionado regularmente, de acuerdo a la ley y al estatuto (arts. 68 y 224, 1ª parte, Ley Sociedades).

2. Respecto de la posibilidad de suspender judicialmente la aprobación de los estados contables, debe entenderse que éstos —en sentido general y abarcativo— tienen una importancia relevante, siendo el motor de un cúmulo de decisiones, cuya virtualidad no necesariamente se agota con la mera toma de conocimiento del estado financiero y patrimonial de la sociedad. A modo de ejemplo, los dividendos sólo pueden aprobarse y distribuirse cuando resulten de ganancias realizadas y líquidas, producto de un balance confeccionado regularmente, de acuerdo a la ley y al estatuto (arts. 68 y 224, 1ª parte, Ley Sociedades).

3. Sobre los instrumentos contables los socios, administradores e incluso terceros, toman decisiones posteriores a su aprobación, que no podrían asumirse de no mediar aquélla. Desde este vértice, entonces, parece pasible de ser objeto de suspensión en los términos del art. 252 de la ley 19.550, máxime cuando la norma no efectúa discriminación alguna que imposibilite su conducencia en tales casos.

Resulta imposible, a mi juicio, no coincidir con estas conclusiones, que no se fundan en el mero dogmatismo, sino con lo que sucede en la realidad del tráfico

mercantil, de ineludible, aunque no frecuente conocimiento por los jueces con competencia en materia comercial. Esta corriente jurisprudencial es la que actualmente predomina, aunque algunos fallos aislados de la sala D de la Cámara Comercial han conservado el criterio contrario, adoptando una posición absolutamente corporativa, contraria al interés social y, en definitiva, a la necesidad de alentar la constitución de sociedades, como instrumento de concentración de capitales y fuente de trabajo.

Permitir la impugnación judicial de la decisión asamblearia que aprobó los estados contables, mediante la acción ordinaria prevista por el art. 251 de la ley 19.550, pero declarar inaplicable al caso la medida cautelar prevista por el art. 252 de dicho ordenamiento legal, constituye una gravísima contradicción, pues siendo de público y notorio conocimiento por todos los ciudadanos de la República Argentina la demora en el dictado de la sentencia definitiva en los juicios de amplio conocimiento —como lo es la demanda de nulidad de acuerdos asamblearios— carece de todo sentido mantener vigente una acuerdo del órgano de gobierno de la sociedad, que proyecta sus efectos a la comunidad en general —como lo es la aprobación de los documentos previstos por el art. 234 de la ley 19.550— cuando de un análisis preliminar de los mismos puede desprenderse su falsedad o insinceridad y prevenirse, de ese modo, una serie de conflictos y perjuicios que por lo general, los estados contables falsos provocan en la comunidad.

Resulta preferible, desde todo punto de vista, permitir el cuestionamiento interno de los estados contables de una sociedad comercial e incluso la suspensión provisoria de sus efectos, cuando ellos no cumplan con la finalidad para los cuales ha sido concebido, esto es, y en lo sustancial, la traducción en cuentas del verdadero estado económico y financiero de la compañía, antes de tolerar su circulación en plaza, con el argumento de que una sociedad comercial no puede funcionar sin balances, conclusión que, además de pecar de un excesivo dogmatismo, no se ajusta al derecho vigente, pues de haber sido así, esa omisión debería provocar la disolución y liquidación del ente, lo cual no surge de lo dispuesto por el art. 94 de la ley 19.550. Por el contrario, la no preparación de los estados contables anuales y la falta de convocatoria al órgano de gobierno de la sociedad constituyen suficiente motivo para provocar su remoción con causa e incluso puede generar la intervención judicial de su administración, durante el tiempo necesario para poner fin a esa anómala situación.

Art. 253.—

Sustanciación de la causa. Acumulación de acciones. Salvo el supuesto de la medida cautelar a que se refiere el artículo anterior, solo se proseguirá el juicio después de vencido el término del art. 251. Cuando exista pluralidad de acciones deberán acumularse, a cuyo efecto el directorio tendrá obligación de denunciar en cada expediente la existencia de las demás.

Representación. Cuando la acción sea intentada por la mayoría de los directores o de miembros del consejo de vigilancia, los accionistas que votaron favorablemente designarán por mayoría un representante ad hoc, en asamblea especial convocada al efecto conforme al art. 250. Si no se alcanzare esa mayoría, el representante será designado de entre ellos por el juez.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 15, 251, 274, 369 inc. c); Código Procesal Civil y Comercial: art. 87.LSC Uruguay: art. 369.

§ 1. Acumulación de acciones

El art. 253, párrafo 1º in fine de la ley 19.550, se refiere impropiamente a la "acumulación de acciones" promovidas por diferentes accionistas contra una misma asamblea o una misma decisión asamblearia, cuando debió hacer referencia a la "acumulación de procesos", legislada por nuestro Código Procesal en los arts. 188 y ss. de la ley societaria(646).

La disposición legal, en cuanto prescribe la acumulación de las acciones promovidas contra una misma decisión asamblearia, tiende a evitar, por propia definición del instituto procesal de la acumulación de procesos, que sean dictadas sentencias contradictorias en causas que por su vinculación jurídica puedan tener recíproca influencia decisiva o hacer cosa juzgada, siempre que el estado de su trámite lo permita(647). Tiene por objeto, en definitiva, que los diferentes juicios impugnatorios sean resueltos conforme a un mismo criterio, siendo inadmisible la solución aislada de cada uno de ellos(648), lo cual no significa que la sentencia única a dictar sea necesariamente igual para todos los litisconsortes(649).

La ley 19.550 obliga al directorio, frente a la existencia de pluralidad de demandas impugnatorias del mismo acuerdo, a denunciar en cada expediente la existencia de las demás, a los fines de efectuar la acumulación sobre el expediente en que primero se hubiere notificado la demanda (art. 189 del Código Procesal). Efectuada la acumulación, se integra entre los distintos impugnantes un litisconsorcio activo voluntario o facultativo, y no necesario(650), lo cual supone la constitución de una relación procesal única con pluralidad de sujetos, que actúan en forma autónoma, de modo que existen tantas litis como acciones se deducen y tantos procesos como litis se propongan; por tanto, la sentencia debe contener decisión particular sobre cada uno de los temas litigiosos o, como dice el art. 163, inc. 4º del Código Procesal, la consideración por separado de las cuestiones que constituyen el objeto de la litis(651). Ello significa, en conclusión, que si bien el dictado de una sentencia única respecto de las pretensiones deducidas por todos los interesados es la consecuencia inmediata de la constitución del litisconsorcio facultativo, nada impide que cada uno de los intervinientes realice actos que determinen la consecuencia de dicha sentencia(652).

§ 2. Suspensión del procedimiento

El art. 253 de la ley 19.550, en su primer párrafo, prevé una causa legal de suspensión del procedimiento de impugnación de los acuerdos asamblearios, disponiendo que "salvo en el supuesto de la medida cautelar a que se refiere el artículo anterior —suspensión provisoria de la ejecución de las decisiones sociales impugnadas—, solo se proseguirá el juicio después de vencido el término del art. 251".

Con esa suspensión, el legislador persigue dos propósitos: a) Facilitar la acumulación de procesos a que se refiere el art. 253, párrafo 2º, y b) Permitir que la sociedad pueda dejar sin efecto la decisión social impugnada (art. 254, párrafo 1º), mediante un acuerdo posterior y poder así allanarse a la demanda promovida en forma oportuna.

Compatibilizando el procedimiento previsto por el art. 253 de la ley 19.550 cabe sostener que con la presentación de la demanda impugnatoria —dentro del plazo de prescripción previsto por el art. 251 de ese cuerpo legal—, el juez debe suspender el procedimiento, haciendo saber a la sociedad la promoción de ese juicio, a los fines de que el directorio denuncie la eventual existencia de otras demandas del mismo contenido en cuanto a la pretensión sustancial. La ley 19.550 no es explícita sobre el tema, pero ello se puede inferir del primer párrafo del art. 253, entendiéndose, por razones de economía procesal, que la denuncia de otros juicios impugnatorios debe ser efectuada dentro del referido plazo de suspensión.

§ 3. Otras cuestiones procesales del juicio de impugnación de decisiones asamblearias

Analizaremos a continuación algunos problemas procesales que plantea la promoción de la demanda de impugnación de actos o decisiones sociales:

3.1. Juez competente y cuestiones de competencia. Situación concursal de la sociedad demandada. Conexidad de acciones judiciales

Resulta competente para entender en los juicios de impugnación de nulidad de las asambleas o decisiones el juez del domicilio de la sociedad, con competencia

para entender en contiendas de carácter mercantil (art. 43 bis del decreto 1285/1958, modificado por la ley 22.093), debiendo entenderse el concepto de domicilio como comprensivo de la jurisdicción en la cual la sociedad se constituye y cuya autoridad competente autoriza a inscribirla en el Registro Público de Comercio(653).

Ahora bien y si lo anterior vale como principio general, es habitual que se presenten en la práctica diversas situaciones que pueden excepcionar el referido principio, como lo es el caso en que la sociedad demandada se encuentra tramitando su concurso preventivo o le haya sido decretada la quiebra, resultando ilustrativo analizar el efecto que produce la apertura del concurso preventivo y la declaración de falencia sobre las acciones impugnatorias de actos y decisiones asamblearias, en especial, teniendo en cuenta lo dispuesto por los arts. 21 y 132 de la ley 24.522, que disponen la suspensión de todos los juicios de contenido patrimonial promovidos contra el concursado o fallido y su radicación ante el juez del concurso o quiebra.

El fundamento de la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial que se hubiesen iniciado con anterioridad contra el deudor, radica en la igualdad en el tratamiento de todos los acreedores e integridad del patrimonio del fallido o concursado, a los fines de que en el proceso universal se analice y decida sobre las pretensiones de todos aquellos que invoquen una pretensión de contenido económico contra el mismo deudor.

Sin embargo, las normas previstas por los arts. 21 y 132 de la ley 24.522 parten del mismo presupuesto: la suspensión de los trámites se limita a las pretensiones de contenido patrimonial, que son aquellas acciones que, siguiendo al profesor de la Universidad de Córdoba, Efraín Hugo Richard(654), requieran deudas o pretendan algún derecho sobre los bienes del deudor, o la declaración misma de una deuda. En forma más clara: la expresión "contenido patrimonial" alude a aquellos juicios cuyo objeto es la obtención de un beneficio patrimonial en favor del acreedor(655).

La apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra, a contrario, no suspende los juicios que no tengan contenido patrimonial, o, como surge del art. 132 de la ley 24.522, aquellos en que no sean reclamados derechos patrimoniales, entre los cuales figuran, además de aquellos previstos en las normas mencionadas, todos los juicios en los cuales se haga valer derechos estrictamente personales o derechos, en general, que no impliquen, por sí mismos, pretensiones económicas(656).

Precisamente, entre los juicios excluidos de las previsiones de los arts. 21 y 132 de la ley 24.522, y por propia definición, se hallan los juicios de impugnación de acuerdos asamblearios, que no revisten carácter patrimonial, aun cuando en la decisión asamblearia impugnada de nulidad se haya resuelto sobre cuestiones que estén vinculadas con el patrimonio de la sociedad —como sería el caso de un aumento del capital social—, pues en esos casos no existe pretensión económica que el impugnante reclame para sí, sino que con esa acción se ejerce una función social, en tutela de la sociedad, afectada por un acuerdo de su

órgano de gobierno, contrario a la ley, estatuto o reglamento o lesiva del propio interés del ente.

Si bien nuestros tribunales se han pronunciado en forma por demás contradictoria, coincido con la línea jurisprudencial que ha sostenido la necesidad de que los juicios de impugnación de asambleas tramiten ante el mismo juzgado donde se encuentra radicado el proceso concursal de la compañía demandada(657), pero no por razones de fuero de atracción, en tanto las demandas previstas por el art. 251 de la ley 19.550 nunca tienen contenido patrimonial, sino por cuanto el juez del proceso universal no debe ignorar las cuestiones que se suscitan en el gobierno de la entidad que se encuentra tramitando su proceso concursal y que, por lo general tienen suficiente trascendencia como para suponer que sus consecuencias son susceptibles de ejercer influencia sobre el normal desarrollo del trámite concursal. Por ello se impone una dirección unificada en la tramitación de tales procesos, a los fines de evitar posibles conflictos jurisdiccionales derivados de la interferencia judicial recíproca sobre la administración social, emergente de las concurrentes facultades del magistrado de la contienda societaria(658).

Sin embargo, la conclusión a la cual hemos arribado, esto es, la tramitación del juicio societario ante el juez concursal de la demandada, no implica sostener la aplicación de los arts. 21 y 132 de la ley 24.522, pues no es el fuero de atracción lo que determina tal radicación, sino cuestiones de economía procesal y de conveniencia judicial, por lo que, como consecuencia de lo expuesto, debe descartarse la suspensión de aquellos juicios, el cual constituye, a diferencia de las acciones encuadradas en lo dispuesto por el art. 251 de la ley 19.550, efecto propio y característico de los juicios de contenido patrimonial.

Finalmente, la radicación de los juicios de impugnación de acuerdos societarios en el mismo tribunal donde la compañía demandada se encuentra tramitando su concurso, constituye solo un principio general, que admite excepciones, que se presentan cuando ambos procesos se encuentren radicados en jurisdicciones diferentes, resultando en este supuesto conveniente poner en conocimiento del concurso la existencia y el estado del juicio impugnatorio(659).

En definitiva, la solución jurisprudencial señalada en el párrafo anterior nos resulta enteramente razonable, más allá de su falta de apego a la letra de la ley, cuya interpretación literal lleva a excluir a las acciones que carezcan de contenido patrimonial del fuero de atracción ejercido por el proceso concursal. La índole y naturaleza del proceso impugnatorio, así como su trascendencia para la marcha de la sociedad y su repercusión frente a terceros, torna aconsejable su tramitación ante el mismo juez del concurso.

Otras cuestiones que se encuentran íntimamente relacionadas con la problemática referida a la competencia judicial en las acciones de impugnación de decisiones asamblearias las encontramos cuando la demanda iniciada por un accionista en los términos del art. 251 de la ley 19.550 no es la única promovida contra la sociedad, sino que aquella se enmarca dentro de un conflicto societario, existiendo varias demandas de la misma naturaleza promovidas por el mismo actor con anterioridad, pero referidas a otros actos asamblearios.

Ante tales situaciones, el criterio mayoritario de nuestros tribunales, salvo algún caso aislado[660], parece orientarse por la tramitación de todas esas demandas ante un mismo juzgado, pues además de la conexidad que exhiben tales acciones, elementales razones de economía procesal aconsejan adoptar ese temperamento, justificando el desplazamiento de la competencia al juez que ha prevenido en una causa vinculada con la anterior[661].

Bueno es admitir que tal manera de resolver no configura estrictamente, un supuesto de acumulación de procesos, en los términos de los arts. 188 a 194 del Código Procesal, pues no siempre el dictado de una sentencia en una demanda de impugnación de decisiones asamblearias promovida por un accionista contra la sociedad que integra puede producir efectos de cosa juzgada en otro u otros procesos de la misma naturaleza iniciados por el mismo impugnante, pero, como hemos visto, existen no solo razones de economía procesal para radicar en un mismo tribunal todas las demandas impugnatorias promovidas por un mismo sujeto contra la sociedad, a los fines de evitar las permanentes remisiones de los expedientes a uno y otro juzgado, con la demora que ello produce, sino también de evidente conexidad, en tanto, y como ha dicho la jurisprudencia en forma reiterada, para que ella exista, no es indispensable que las pretensiones deducidas tengan en común alguno de los elementos objetivos, sino que basta con que se hallen vinculadas con la naturaleza de las cuestiones invocadas, con lo cual se evita llegar a soluciones contradictorias, situación subsanable únicamente disponiendo el conocimiento de dichos juicios ante un mismo magistrado, atento la unidad intelectual de apreciación[662].

En tal sentido fue resuelto que si la actora solicitó se disponga la nulidad de una asamblea general especial y ordinaria, celebrada por la sociedad demandada, en la cual se trataron, entre otros puntos, los estados contables y balances que abarcarían las mismas operaciones, comprobantes y asientos involucrados en otra causa seguida por las mismas partes, por nulidad de una asamblea anterior, resulta de utilidad que el estudio comparativo de las referidas asambleas sea efectuada por un mismo magistrado, atento la unidad intelectual de apreciación[663], y con igual orientación se dispuso que, existiendo vinculación entre la acción de nulidad de decisiones asamblearias y otra acción de similar naturaleza, radicada ante un juzgado diferente, cuando en esta última se pretendió tachar de nulas ciertas decisiones adoptadas en la asamblea inmediatamente anterior a la cuestionada en el nuevo expediente, pues tratándose de asambleas consecutivas, resulta de utilidad que el estudio comparativo de los citados actos asamblearios, sea efectuada por un mismo juez, atento a que se cuestionen balances pertenecientes a ejercicios consecutivos[664].

Diferente es el caso que se presenta cuando se pretende acumular una demanda de impugnación de decisiones asamblearias a otras acciones, de carácter social, iniciadas por el mismo actor a la misma sociedad, pero que no se encuentran incluidas dentro del art. 251 de la ley 19.550, aún cuando en todas ellas se evidencian las mismas razones que provocaron el conflicto societario entre las partes.

Ante tales supuestos, la jurisprudencia ha respondido en forma diferente y hasta contradictoria, no habiéndose adoptado un criterio único, lo cual sería de importancia incorporar en caso de una futura reforma legislativa a la ley 19.550. Un breve repaso de algunas decisiones adoptadas por nuestros tribunales mercantiles ilustrará sobre tales discrepancias:

a) En el caso "Liderar Sociedad Anónima c/ Ataide Oscar Alejandro y otros s/ sumario", la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fallo del 30 de marzo de 2005, resolvió que "La íntima vinculación entre la acción social de responsabilidad incoada con base en lo dispuesto por el art. 276 de la ley 19.550 y la demanda de nulidad de la asamblea que adoptó la decisión de iniciar dicha acción social, determinan la necesidad de que ambas tramiten conjuntamente y ante el mismo magistrado, pues resulta obvio que la decisión atinente a la validez de la decisión asamblearia que dispuso la iniciación de la acción social, tiene decisiva gravitación en el juicio de responsabilidad antes aludido".

b) En el caso "Masi Mauro c/ Sanford SACIFIyA s/ medida precautoria", dictado por la sala C del mismo tribunal, en fecha 8 de febrero de 2005, se resolvió que "Existe vinculación que justifica la radicación ante el mismo tribunal, la demanda que requiere la declaración de una asamblea de accionistas y aquella acción en la que se intenta esclarecer discrepancias sobre las tenencias de porciones accionarias referidas a la misma empresa, que es una sociedad familiar que se encuentra en manos de solo dos personas".

c) Del mismo modo, en el caso "Marcaida de Di Paola María Teresa c/ Marcaida Hnos. SA s/ medida precautoria", la sala A del referido tribunal, en fallo del 12 de julio de 2002 dijo que "El pedido de medida cautelar consistente en la suspensión de las decisiones asamblearias tomadas en una asamblea convocada y presidida por el interventor judicial de la sociedad demandada, a quien los actores imputan también una actuación que excede los alcances de las facultades otorgadas por el Tribunal a dicho funcionario, ofrece razones de conexidad y economía procesal que aconsejan el desplazamiento de la radicación de la causa en razón de turno al Juzgado en el cual fue designado el interventor judicial".

d) En sentido contrario, la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos "Olivera Mario César c/ Ranelagh Golf Club SA s/ medida precautoria", en fallo del 19 de noviembre de 2004 resolvió que "Más allá de que coincidan ambas partes e los juicios, las distintas finalidades de ellos —en el primero de ellos se pidió la nulidad de varias decisiones del directorio, mientras que en la nueva acción se impugnó de nulidad una asamblea de accionistas— determinan que no existen razones de conexidad o de economía procesal que justifiquen la aplicación del principio de perpetuatio jurisdictionis para que proceda el desplazamiento, ni dificultades eventuales que no puedan ampararse mediante la remisión de los obrados ad effectum videndi.

e) Este mismo criterio —negativo a la pretensión de acumular todas las causas promovidas ante un mismo tribunal— fue apreciado por la sala B del referido tribunal, en el caso "Thorp Mario y otros c/ I.&& S. Sociedad Anónima s/ medida

precautoria", dictado el 29 de diciembre de 2003, donde se afirmó que "No existe acumulación procesan en función de la conexidad entre la causa en la que se persigue la suspensión de ciertas decisiones asamblearias y el juicio por nulidad por simulación de la constitución de sociedades y cierta transferencia accionaria, en tanto es posible escindir conceptual y prácticamente ambas causas, ni existe una conveniencia funcional de que sea el órgano judicial competente para conocer en determinado proceso quien, en razón de su contacto con el material fáctico y probatorio de aquel, también lo sea para conocer otro que exhibe diversa finalidad".

Por mi parte, adhiero a la tesis que predica que la existencia de un conflicto societario y que se traduce en la promoción de acciones de diversa naturaleza, debe ser objeto de conocimiento por un mismo tribunal, pues la existencia de aquel conflicto implica una interdependencia y una relación inescindible entre todas aquellas demandas que torna razonable mantener la unidad de conocimiento de los procesos aludidos bajo la dirección de un mismo juez, a los efectos de otorgar coherencia a la tramitación de las causas y evitar el dictado de sentencias contradictorias. Pero además de tales fundamentos, razones de índole práctica, inspiradas en el principio de economía procesal, avalan esa conclusión, pues mediante tal unificación se evita el peregrinaje jurisdiccional de todos los expedientes promovidos, que demoran indefinidamente la culminación de los conflictos y el dictado de las correspondientes sentencias definitivas.

Finalmente, y sin la menor intención de poner fin a la descripción de los problemas que se presentan en torno a la competencia judicial en caso de conflictos societarios —que son inagotables— no puede soslayarse la existencia de numerosos precedentes que han sostenido, con razón, la competencia del fuero comercial para entender en demandas de naturaleza societaria, aún cuando tales litigios pudieran involucrar cuestiones suscitadas entre coherederos, con motivo de situaciones producidas en el seno de una sociedad comercial, habida cuenta que, con relación a ellos, no funciona el fuero de atracción dispuesto por los arts. 3284 y 3285 del Código Civil, habida cuenta que el tema es específicamente mercantil(665).

3.2. Procedimiento judicial para el juicio de impugnación de decisiones asamblearias

Rige al respecto lo dispuesto por el art. 15 de la ley 19.550, que sienta el principio general en la materia disponiendo que "Cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de una acción judicial, ésta se sustanciará por procedimiento sumario, salvo que se indique otro".

Si bien esta cuestión pudo originar alguna controversia antes del dictado de la ley 25.488 —vigente desde el 22 de mayo de 2002— que reformó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en tanto no existía consenso en la doctrina y jurisprudencia en cuanto a la identificación del "procedimiento sumario", utilizado por el art. 15 de la ley 19.550, con el de "juicio sumario" a que se refería el Código Procesal en el art. 320, el tema ha sido superado con la modificación del referido ordenamiento de rito efectuada por la ley 25.488, que eliminó el juicio sumario de nuestra legislación procesal, previendo solo dos

juicios de conocimiento pleno, el ordinario o común y el sumarísimo, reservado éste para cuestiones que requieren decisiones urgentes o para acciones de amparo.

De manera tal que, para los juicios de impugnación de decisiones asamblearias, no cabe otra conclusión que tramitar el mismo por la vía del proceso ordinario, con las reformas efectuadas por la ley 25.488.

3.3. El juicio de impugnación de decisiones asamblearias y el procedimiento arbitral

La posibilidad de someter a arbitraje los juicios de impugnación de decisiones asamblearias constituye un tema muy controvertido en doctrina y jurisprudencia, pero a mi juicio ello es improcedente, por cuanto, de conformidad con lo dispuesto por el art. 737 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no pueden comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción. Entre ellas se encuentran las acciones de nulidad de cláusulas estatutarias o de decisiones asamblearias, pues promovidas ellas, no existe nada que transar, toda vez que no existe posibilidad de que el socio o accionista actor y la sociedad demandada puedan hacerse concesiones recíprocas, como lo dispone el art. 832 del Código Civil, como requisito imprescindible de toda transacción.

En efecto, y de conformidad con lo dispuesto por el art. 233 de la ley 19.550, las resoluciones asamblearias son válidas y obligatorias para la sociedad y todos sus integrantes, de manera tal que mal puede aceptarse que, como fruto de una transacción arribada en un proceso particular, una decisión asamblearia pueda ser válida para la sociedad y el resto de los socios o accionistas que no impugnaron la misma e inválida, inexistente o inoponible para quien ha ejercido el derecho previsto por el art. 251 de la ley 19.550.

Así lo ha entendido la jurisprudencia de nuestros Tribunales, habiendo resuelto la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, el 22 de diciembre de 1997, en los autos "Atorrasagasti María Cristina c/ Atorrasagasti, Bargues, Piazza y Cía. Sociedad de Responsabilidad Limitada" que las acciones en las que se solicita se declaren la nulidad de una asamblea societaria exceden el marco de la competencia arbitral invocada, atento el ámbito excepcional y restrictivo que caracteriza el arbitraje y solo pueden ser decididas judicialmente.

Pero además de dicho argumento, debe destacarse que la sentencia que se dicte en el juicio de nulidad de asambleas puede extender sus efectos hacia terceros que no han sido parte en la litis[(666)], y la mejor prueba de ello la encontramos en lo dispuesto por el art. 254 de la ley 19.550, el cual consagra la responsabilidad de los accionistas que permitieron, con su voto, la adopción de una resolución asamblearia nula. Con ello se está admitiendo la oponibilidad de la nulidad asamblearia a los socios que participaron en la decisión sin exigir que hayan sido emplazados en el juicio respectivo y la propagación de los efectos de la sentencia a sujetos que, a pesar de guardar una estrecha vinculación con la sociedad son personas diferentes a ella —afirman Favier Dubois (h) y Raisberg con toda razón— solo está prevista para procesos ventilados ante los estrados judiciales

en los términos del art. 15 de la ley 19.550, lo que excluye del fuero arbitral a tales procesos[667].

En el mismo sentido, el juicio de impugnación de decisiones asamblearias previsto por los arts. 251 a 254 de la ley 19.550, constituye un proceso especial, con normas sustanciales y procesales, y con expresa referencia a la competencia del juez del domicilio de la sociedad para entender en el mismo (art. 251 in fine de la ley 19.550). Todo parece indicar que, por la redacción de las normas, y fundamentalmente por la naturaleza de dicha acción, este proceso está sustraído a la libre disposición de las partes y excluidos de materias aptas para el arbitraje en cualquiera de sus modalidades.

Finalmente, no se ignora que, como principio general, los derechos que emanan del contrato de sociedad son derechos patrimoniales, y por ello disponibles, negociables, revocables, pero de allí a que todos ellos puedan ser sometidos a arbitraje, como lo predica alguna doctrina[668], existe una distancia sideral, pues el derecho societario argentino está en muchos casos sometido a rigurosas normas de tipicidad donde impera el orden público, que no pueden ser materia arbitrable, conforme a las reglas de los arts. 842 a 848 del Código Civil[669]y tampoco pueden transarse ciertas materias que si bien no son estrictamente de orden público absoluto, la ley 19.550 prevé como indisponibles en protección de los terceros[670].

3.4. Recusación sin causa

Como consecuencia del fundamento de la acumulación de procesos prevista por el art. 253 de la ley 19.550, la recusación sin causa del tribunal interviniente resulta derecho inadmisible. La jurisprudencia así lo ha entendido, fundada en el principio de la perpetuatio jurisdictiones[671], aunque corresponde admitir las siguientes excepciones:

a) Cuando hay sólo un proceso de impugnación y

b) Para el caso de que la recusación sin causa haya sido alegada en el primero de los juicios promovidos.

3.5. Allanamiento de la sociedad demandada

Promovida la acción impugnatoria, en los términos del art. 251 de la ley 19.550, la sociedad demandada no puede allanarse a la demanda si no acredita la existencia de un acuerdo posterior, revocando la decisión asamblearia impugnada en los términos del art. 254, segundo párrafo, de la ley 19.550. Ello encuentra fundamento en lo dispuesto por el art. 251, segundo párrafo, del mismo ordenamiento legal, el cual, como hemos señalado, obliga al directorio a impugnar judicialmente la decisión asamblearia adoptada en violación de la ley, el estatuto o reglamento, en correlación con lo prescrito por el art. 253, segundo párrafo, que prevé el caso de la designación de un representante ad hoc cuando la mayoría del directorio intenta la demanda de nulidad.

Recordemos que, ante la adopción de un determinado acuerdo asambleario, la conducta del directorio, o de la mayoría de ellos, debe ser una u otra: a) Considerar legítimo el acuerdo asambleario atacado de nulidad y cumplir con su ejecución, en los términos del art. 233, in fine; o b) Promover la acción impugnatoria en caso contrario, pero en ningún supuesto una decisión del directorio puede contradecir expresamente lo acordado en aquella asamblea, atento a la competencia diferenciada que la ley de sociedades ha otorgado a los órganos de gobierno y administración de la sociedad. Por tales razones, el allanamiento formulado por el directorio a la demanda de impugnación, sin decisión de la asamblea en tal sentido, revocando el acuerdo atacado, carece de toda eficacia frente al accionista impugnante, que no es un tercero en relación con los actos internos de la sociedad(672).

Contrariamente a ello, cuando son los terceros quienes impugnan el acto asambleario (tenedores de debentures, obligacionistas, titulares de bonos de goce y participación etc.), el allanamiento formulado por el directorio será válido con respecto a ellos y por ende, dicha actuación obliga a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad del órgano de administración por infracción a lo dispuesto por el art. 233 tercer párrafo de la ley 19.550. Del mismo modo, y como bien lo ha hecho notar Molina Sandoval(673), cuando el acto asambleario impugnado de nulidad presenta vicios encuadrables en la nulidad absoluta o en la inexistencia —para quien acepta esta categoría en nuestro derecho positivo— mal podría reprocharse al directorio allanarse a una demanda de impugnación asamblearia fundada en tales circunstancias, siendo innecesaria la convocatoria posterior a una asamblea para que revoque o deje sin efecto las decisiones adoptadas en aquel acto asambleario, máxime cuando tal nulidad —o inexistencia— puede incluso ser decretada de oficio.

§ 4. Efectos de la sentencia dictada en el juicio de impugnación de decisiones asamblearias

4.1. Generalidades

La ley 19.550 no ha hecho referencia a los efectos de la sentencia que admite o rechaza la acción de nulidad de una asamblea o de un determinado acuerdo asambleario, dejando lamentablemente un vacío que debe ser llenado con una interpretación que armonice los diferentes intereses que entran en juego con la promoción de aquella demanda.

La omisión es tanto más lamentable si se advierte que este problema ha suscitado intensos debates en la doctrina extranjera, en especial en torno del derogado Código, de Comercio italiano, que se han trasladado a nuestros autores, que sobre el particular, sostienen posiciones divergentes.

Los efectos de la sentencia de impugnación de acuerdos asamblearios deben ser estudiados desde el punto de vista de los accionistas y órganos de la sociedad, y desde la órbita de los terceros que han contratado con ésta, basándose en la apariencia de legalidad que emana de la actuación de tales órganos.

4.2. Efectos de la sentencia en relación con la sociedad, los socios y los órganos de la misma

En este aspecto, debe distinguirse entre la sentencia que hace lugar a la nulidad solicitada, admitiendo la demanda, y aquella sentencia que rechaza la acción promovida.

En el primer caso, la doctrina es uniforme: el fallo judicial que declara procedente la acción de nulidad hace cosa juzgada para la sociedad, para todos los socios, presentes o ausentes en el acto asambleario, y para todos los órganos de ella, y esto por una exigencia ineludible de lógica jurídica, pues resulta insostenible que una deliberación de una asamblea sea nula para unos y válida para otros(674).

Los socios o accionistas de la sociedad que no participaron del proceso impugnatorio no pueden agraviarse de los efectos de la cosa juzgada que produce la sentencia que acoge la demanda promovida en los términos del art. 251 de la ley 19.550, pues siendo la sociedad la única legitimada pasiva para responder la demanda (art. 251 in fine de la ley 19.550), aquellos carecen de legitimación para intervenir en dicho pleito y además tampoco pueden ser considerados terceros, por cuanto la voluntad por ellos expresada en la asamblea determinó la promoción de la acción declarativa de nulidad prevista en aquella norma.

Con otras palabras, y a diferencia de lo que acontece con los terceros que han contratado con la sociedad, cuya buena o mala fe debe ser ponderada a los fines de proyectar los efectos de la decisión social anulada, ni los socios ni los integrantes de los órganos de la sociedad pueden ampararse en su buena fe para eludir el cumplimiento de la sentencia nulificante, salvó para el caso de que, como consecuencia de un acuerdo social —luego invalidado—, los accionistas de buena fe hayan percibido dividendos distribuidos en violación de lo dispuesto por el art. 224 de la ley 19.550, los cuales, conforme expresa la norma legal, no son repetibles (art. 225), solución que no afecta los intereses de la sociedad, atento a la acción resarcitoria que confiere la ley contra los directores y síndicos, por la distribución de dividendos ficticios, que constituye un ejemplo de incumplimiento, por aquellos de las obligaciones a su cargo (arts. 274, 296 y 297 de la ley 19.550).

La jurisprudencia de nuestros tribunales comerciales ha ratificado estos criterios, habiéndose resuelto que si se declara la nulidad de una decisión asamblearia, la sentencia tendrá validez erga omnes y será oponible incluso a los terceros que trataron con la sociedad sobre la base de la decisión nula, y los terceros podrán perseguir, para hacerlos responder por ello a quienes ejecutaron el acto nulo(675).

Los directores deben, frente al progreso de una acción impugnatoria, adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la decisión judicial, convocando a asamblea de accionistas a los fines de que éstos emitan una nueva decisión social acorde con las pautas establecidas en la sentencia, cuando ello corresponda según la naturaleza del acuerdo atacado (impugnación de la decisión aprobatoria de estados contables, de la distribución de utilidades, de elección de autoridades, etc.); pues el órgano jurisdiccional, al aceptar las impugnaciones no puede válidamente subrogarse en los derechos de los accionistas(676). Ello significa que el juez sólo puede anular la decisión asamblearia, pero de esa anulación no puede derivarse que la decisión minoritaria debe ser considerada como la voluntad de la asamblea cuando la respectiva decisión es imprescindible para el normal funcionamiento de la sociedad.

Un problema interesante lo plantea el caso en que los administradores no cumplan con la sentencia anulatoria de la correspondiente decisión social, o que la asamblea celebrada como consecuencia de aquella resolución adopte acuerdos que resultan encontrados con la decisión judicial invalidatoria. Frente a tal supuesto, la jurisprudencia ha declarado admisible la intervención judicial del órgano de administración del ente(677), fundado en que la inobservancia de un mandato judicial, pasado en autoridad de cosa juzgada, pone de manifiesto una arriesgada conducta antijurídica, empeñada en la violación de los derechos de los accionistas minoritarios. La reiteración de tales conductas puede incluso originar la disolución de la sociedad, por desviación permanente del interés societario, que es requisito del contrato social (arts. 2º y 54, último párrafo, de la ley 19.550), a lo cual no obsta que ese supuesto no esté enumerado en las causales disolutorias previstas por el art. 94 de la ley 19.550, atento a su carácter enunciativo (art. 89, ley 19.550).

Contrariamente a los efectos erga omnes que provoca el dictado de una resolución invalidatoria de una decisión asambleario, los efectos de la sentencia judicial que rechaza la demanda impugnatoria frente a los accionistas y los órganos de la sociedad constituye cuestión controvertida en la doctrina y que ha originado soluciones diversas en la legislación comparada. La ley 19.550, si bien no contempla específicamente el caso, ha intentado brindar una respuesta al problema, cuando dispone la promoción de las acciones impugnatorias en un breve plazo y su acumulación, a los fines del dictado de una sentencia única y evitar resoluciones contradictorias (art. 253 de la ley 19.550). Sin embargo, puede acontecer que dicha acumulación no sea llevada a cabo, lo cual encuentra ejemplo concreto en los casos de la acción ordinaria de nulidad contra una decisión asamblearia que padezca vicios de nulidad absoluta, para cuya promoción no rige el plazo de prescripción de tres meses prevista por el art. 251 de la ley 19.550, atento al carácter imprescriptible de ella.

Existe cierto consenso, tanto en doctrina como en la legislación comparada, que, al menos como principio general, la resolución que se dicte en un juicio iniciado con motivo de la impugnación de una deliberación de una asamblea surte efectos para todos los socios, aún frente a quienes no hayan obtenido sentencia en la demanda impugnatoria que éstos han iniciado, solución inspirada en la necesidad de mantener la estabilidad en el procedimiento y la seguridad en las

relaciones jurídicas con las personas morales(678), conclusión que, a mi juicio, peca de mero dogmatismo, pues la necesidad de mantener a cualquier precio "la seguridad o estabilidad de las relaciones jurídicas de las sociedades" ha sido muchas veces argumento para convalidar todo tipo de iniquidades y procedimientos corporativos carentes del menor viso de legalidad.

Nuestra doctrina no ha adoptado esta tesis, entendiendo, al contrario, que en nuestro derecho la sentencia que rechaza la demanda de nulidad no produce cosa juzgada respecto de los demás titulares, porque falta la identidad de partes, con peligro incluso de colusión entre quien promueve la acción y quienes maquinaron o se beneficiaron con la violación(679). Creemos que ésa es la respuesta que corresponde, sobre todo por la inexistencia de un texto legal que permita prescindir de ese factor integrante de la cosa juzgada, lo cual constituye obstáculo insalvable para la admisión de la tesis contraria. De todos modos, y en virtud de la acumulación de acciones prevista por el art. 253 de la ley 19.550, resulta difícil que pueda darse en la práctica el supuesto que se analiza, pues si se presenta el caso de que no se hubiera resuelto judicialmente dicha acumulación, basta que un accionista disidente, al deducir la demanda, solicite la acumulación a la primera, fundado en que la sentencia que ha de recaer podrá tener influencia en el juicio por él promovido. Para el caso de que la demanda de nulidad haya sido interpuesta en los términos del art. 1047 del Código Civil, por estar reunidos los requisitos que esa disposición legal prescribe, la cuestión carece de relevancia, en la medida en que el interés de la sociedad y la estabilidad de la resolución de sus órganos pierde importancia, frente a la posibilidad, admitida por la ley, de que esa resolución pueda ser invalidada de oficio por el juez.

De todos modos, coincidimos con Molina Sandoval, que el hecho de que en alguno de los procesos se haya rechazado la nulidad del acto asambleario, aunque no produce efectos directos respecto de los otros impugnantes, sí tiene una incidencia directa como antecedente para resolver el conflicto y esta incidencia se enfatiza aún más cuando se trata de un mismo juez societario y cuando las probanzas arrimadas son similares(680). Pero esa vinculación no configura cosa juzgada; por ello el juez, aún tratándose de cuestiones similares, puede dar una solución distinta a la del primer juicio resuelto, cuando entendiese probada determinadas circunstancias decisivas para el resultado favorable del litigio.

Es pues indudable que la sentencia absolutoria dictada en el proceso de impugnación, aun cuando no hace cosa juzgada frente a los demás socios impugnantes, puede tener relevancia en la decisión ulterior de los juicios promovidos con posterioridad por esa misma causa, lo cual podría ser perjudicial para el caso de que la primera demanda haya sido promovida por un accionista en connivencia con los órganos de la sociedad, pero ello puede encontrar remedio con la acción de nulidad de esa sentencia, que ha sido dictada en fraude a terceros.

4.3. Efectos de la sentencia en relación a terceros. Anotación de la litis en el Registro Público

La doctrina es coincidente en sostener que la sentencia que declare la nulidad de la resolución impugnada no puede afectar los derechos adquiridos por los terceros de buena fe, la cual les resulta inoponible, por cuanto se ha creado a su respecto una apariencia eficaz, pues no es posible requerirles a aquellos las investigaciones necesarias sobre el funcionamiento sin vicios de los órganos sociales(681). La solución expuesta se inspira en la seguridad jurídica, que exige confiar en la apariencia jurídica creada(682)y es la postura predominante en el ámbito del derecho comparado(683).

Para la aplicación de esos principios generales resulta necesario que el acuerdo anulado por sentencia judicial tenga, al menos, la apariencia jurídica de un acuerdo válido y que así pueda ser estimado por terceros de buena fe.

Es pues imprescindible definir quién debe ser considerado tercero, y cuándo éste debe ser considerado de buena fe, a los fines de que pueda oponer a la sociedad la inoponibilidad de los efectos de la sentencia anulatoria.

Considero en primer lugar, y coincidiendo con Soria Ferrando(684), debe considerarse como tercero, a los fines señalados, a toda persona ajena a la sociedad que, teniendo como base el acuerdo impugnado, haya mantenido relaciones jurídicas con la sociedad, descartando de ese concepto a quienes ostentan derechos surgidos del acuerdo mismo (directores no accionistas elegidos en la asamblea cuestionada, etc.)(685). Es obvio que dicho carácter no lo tiene en ningún caso el accionista, aunque sea de buena fe y aunque haya intervenido en el acuerdo anulado.

En segundo lugar, se debe requerir que ese tercero sea de buena fe, carácter que debe en principio ser presumido por el solo hecho de no haber intervenido, directa o indirectamente, en la adopción del acuerdo impugnado, lo cual pone en cabeza de la sociedad la prueba en contrario. Sin perjuicio de ello, cabe afirmar que carece de buena fe el accionista que al momento de contratar conocía la existencia de la causal impugnatoria del acuerdo, o cuando del acto mismo surja o resulte su ilicitud manifiesta(686).

Precisamente, la posibilidad de anotar en el Registro Público la litis impugnatoria del acuerdo asambleario atacado de nulidad, en relación con el acuerdo asambleario cuya registración prevé la ley, si bien es medida que nuestro ordenamiento procesal y sustancial no la prevé expresamente a diferencia de otras legislaciones, pero que resulta plenamente admisible a tenor de lo dispuesto por el art. 232 del Código Procesal, es recaudo que perjudica la buena fe del tercero que se ha relacionado con la sociedad en virtud del acuerdo registrable impugnados(687).

Finalmente, cabe señalar que la protección de los terceros encuentra también un límite en la declaración judicial de invalidez del acuerdo adoptado, pues como señalan Garrigues y Uría con toda razón(688), la tutela de los intereses del tercero se refiere sólo a los derechos adquiridos antes de la declaración de nulidad del acuerdo de la asamblea impugnada. Una vez declarada la nulidad, ese tercero no puede pretender invocar ningún derecho en lo acordado por el acto asambleario, pues la sentencia invalidatoria tiene por efecto hacer desaparecer

la apariencia de validez que ella gozaba. Se trata, en definitiva, de ponderar en cada caso las exigencias de apariencia y seguridad, a fines de no legitimar hechos consumados, los cuales, como señala el recordado profesor Mario Bendersky(689), podrían configurarse por las características y naturaleza del acto asambleario y el desfasaje que se suscite entre su celebración y las resoluciones judiciales que se dispongan en los procesos respectivos.

4.4. ¿Debe inscribirse en el Registro Público la sentencia judicial que declara la nulidad de un acto asambleario?

Cuando es judicialmente declarada la nulidad de un acuerdo asambleario, oportunamente inscripto en el Registro Público de Comercio, conforme el tenor de su contenido y en cumplimiento con lo dispuesto por el art. 12 de la ley 19.550, la sentencia que resuelva dicha invalidez debe ser igualmente objeto de registración, a los efectos de hacerla oponible erga omnes y evitar precisamente que los terceros pudieran invocar derechos en el acuerdo asambleario, luego nulificado. La jurisprudencia ha resuelto que en los supuestos que se declara la nulidad de una cláusula del estatuto, tal circunstancia debe ser puesta en consideración de la Inspección General de Justicia(690).

Art. 254.—

Responsabilidad de los accionistas. Los accionistas que votaran favorablemente las resoluciones que se declaren nulas, responden ilimitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia.

Revocación del acuerdo impugnado. Una asamblea posterior podrá revocar al acuerdo impugnado. Esta resolución surtirá efecto desde entonces y no procederá la iniciación o la continuación del proceso de impugnación. Subsistirá la responsabilidad por los efectos producidos o que sean su consecuencia directa.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 251, 274, 296, 369 etc. LSC Uruguay: arts. 372, 373.

§ 1. Responsabilidad por la aprobación y ejecución de las resoluciones asamblearias nulas

1.1. Generalidades. Naturaleza de la responsabilidad prevista por el art. 254 primer párrafo de la ley 19.550

El art. 254 de la ley 19.550, en su primer párrafo, se refiere al tema de la responsabilidad de los accionistas, al prescribir que "Los accionistas que votaran favorablemente las resoluciones que se declararen nulas, responden ilimitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia".

La responsabilidad de los sujetos previstos en el art. 254, primer párrafo, de la ley 19.550 deriva necesariamente de la declaración de nulidad del acto asambleario. La extensión de la reparación de los daños queda, en consecuencia, gobernada por lo dispuesto en los arts. 1708 a 1780 del Código Civil y Comercial de la Nación, comprensiva de las consecuencias que, para la sociedad y sus accionistas derivan de la ejecución del acuerdo nulo.

La primera cuestión que se debe dilucidar en esta materia es saber si la ley 19.550 ha consagrado una responsabilidad objetiva de los accionistas, directores, consejeros de vigilancia y síndicos, por el solo hecho de no haberse opuesto a la aprobación de la decisión asamblearia nula, o si, al contrario, se trata de una responsabilidad subjetiva, en donde el sujeto legitimado deberá acreditar los requisitos indispensables previstos por el ordenamiento común para hacer efectiva la reparación correspondiente.

Sabido es que cuando la atribución de la consecuencia del hecho dañoso no está referida a la culpa, o no sea moralmente imputable al sujeto autor del hecho, el factor de responsabilidad es objetivo (art. 1722 del CCyCN), por prescindir de la persona, pero para que ella sea requerida debe ser expresamente prevista, por la ley, dado su carácter excepcional en el sistema de la responsabilidad civil(691). El carácter objetivo del sistema de responsabilidad está determinado —en definitiva— porque el grado de subjetividad del agente —dolo o culpa— no influye para calibrar la medida de los daños resarcibles(692).

El carácter excepcional que tiene, en nuestro ordenamiento legal, la responsabilidad objetiva, parece descartar su aplicación al supuesto previsto por el art. 254 de la ley 19.550, salvo para el caso de que hubiera mediado, en la aprobación del acto asambleario, un abuso de mayorías o desvío del interés social, que es un supuesto de aplicación, para el derecho societario, del abuso de derecho previsto por el art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación, que constituye uno de los supuestos de responsabilidad objetiva previstos por la ley(693).

Quien promueva la acción resarcitoria prevista en el art. 254 de la ley 19.550, y salvo el supuesto de abuso de derecho a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, debe probar la existencia del daño invocado, así como la relación de causalidad entre el acto y el daño, pero no la culpa o dolo de los agentes allí enumerados, pues la razón de ser de aquella norma atributiva de responsabilidad radica precisamente en la inversión de la carga de la prueba sobre esta cuestión: es el accionista que votó favorablemente el acto nulo o el

funcionario quien debe probar que de su parte no hubo culpa o dolo, la cual debe ser apreciada cuidadosamente, por la naturaleza y origen de su responsabilidad.

1.2. Legitimación activa y pasiva para iniciar la acción indemnizatoria en análisis

La acción prevista por el art. 254 de la ley 19.550 puede ser calificada como acción social o individual, según quien la promueva y quien sea el destinatario de la indemnización correspondiente.

Si la acción de responsabilidad contra el o los accionistas que votaron favorablemente la resolución asamblearia impugnada de nulidad es iniciada por la sociedad, a los fines de resarcirse de los perjuicios causados a la misma como consecuencia de la adopción de un acuerdo declarado judicialmente nulo, tal acción no puede catalogarse sino como social, toda vez que ella tiende a favorecer directamente al ente, pues el resultado patrimonial de su ejercicio ingresa al haber de la sociedad(694).

Ello sucede cuando, a título de ejemplo, cambian las autoridades de la sociedad o ha sido designado un interventor judicial en reemplazo de los integrantes del órgano de administración de la misma, y ésta ha debido abonar determinadas sumas en concepto de costas generadas en un pleito promovido por uno o varios accionistas en los términos del art. 251 de la ley 19.550, que la entidad ha perdido. Es de toda obviedad que habiendo sido la fuente generadora de responsabilidad —la decisión asamblearia declarada judicialmente nula— un acto que solo pudo concretarse mediante una actuación positiva de determinados sujetos de derecho —el voto favorable de los socios o accionistas que votaron favorablemente la misma y merced a ello lograron las mayorías necesarias para que ese acuerdo asambleario pudiera ser adoptado— la sociedad puede exigir la recomposición patrimonial afectada por tales desembolsos echando mano a la acción resarcitoria prevista por el art. 254 primer párrafo de la ley 19.550.

Ahora bien, no deja de ser tampoco social la acción promovida por un socio o accionista, aisladamente considerado, si lo que pretende con la misma es el resarcimiento de los daños sufridos por la sociedad como consecuencia del hecho que se analiza y la acción ha sido iniciada como consecuencia de la inacción de las autoridades de la propia sociedad en promoverla. Este es el caso que se presenta con mayor frecuencia en la práctica, en donde el accionista disconforme con el contenido de una decisión asamblearia acumula la acción judicial promovida por el art. 251 de la ley 19.550 con la acción de responsabilidad en análisis, a los efectos que, cuanto menos, las costas que genere la primera de sus acciones, no sea soportada por la sociedad, a la cual pertenece, sin perjuicio de otros daños que la sociedad pudiera haber sufrido como consecuencia del nulificado acuerdo asambleario.

La cuestión que se plantea es si el tercero, o el accionista mismo, por daños sufridos en su patrimonio, puede promover la acción prevista por el art. 254 primer párrafo de la ley 19.550 contra los sujetos pasivos legitimados previstos en dicha norma y nada impide, a mi juicio, llegar a una conclusión favorable, no

obstante que el tema se encuentra controvertido en doctrina[695], pues si ellos están suficientemente legitimados para perseguir a los directores y síndicos a los fines de ser resarcidos por los daños y perjuicios sufridos por aquellos que fueron provocados por el ilícito accionar de la sociedad (art. 279 de la ley 19.550), no encuentro argumento convincente para dejar fuera de toda responsabilidad a los accionistas, cuando los daños provocados al accionista —individualmente considerado— o al tercero fueron consecuencia del ilegítimo accionar de aquellos, al votar favorablemente una decisión asamblearia que, ejecutada por los directores, provocó los daños que luego son a ellos reclamados por los sujetos antes mencionados[696].

Si la acción promovida por los accionistas en los términos del art. 254 primer párrafo de la ley 19.550 fue promovida por un accionista, ya sea mediante la acción social o individual, este no debe haber contribuido a formar la voluntad social que originó el acuerdo luego declarado nulo. En esta categoría se encuentran pues los accionistas ausentes, abstenidos, aquellos que votaron en contra de la referida decisión asamblearia e incluso aquellos que votaron favorablemente la misma, siendo su voto afectado por un vicio de la voluntad. Tampoco pueden promover dicha acción los accionistas que hayan consentido la realización del acto lesivo de los intereses del ente en ejecución concreta de la decisión asamblearia nula, el cual carece de toda legitimación para reclamar los daños originados a la sociedad por el acto ruinoso[697].

En cuanto a la legitimación pasiva de la acción resarcitoria prevista por el art. 254 primer párrafo de la ley 19.550, esta norma es categórica en cuanto a mencionar a los "accionistas que votaron favorablemente las resoluciones que se declararon nulas", lo cual descarta a los abstenidos, pues cualquiera fuere el sentido que se le quiera dar a la actuación de estos, lo cierto es que de manera alguna contribuyen a la formación de la voluntad social, el cual constituye el presupuesto de la norma.

Finalmente, es importante destacar que la promoción de la acción prevista por el art. 254 primer párrafo de la ley 19.550, cuando ella ha sido iniciada luego de la sentencia judicial de nulidad del acto asambleario, no implica reabrir el debate sobre la legitimidad o ilegitimidad del mismo, pues ello ha sido ya juzgado en un proceso donde participaron los únicos sujetos legitimados para intervenir en el mismo, esto es, el o los sujetos impugnantes previstos por el primer párrafo del art. 251 de la ley 19.550 y la sociedad, único sujeto legitimado para intervenir como demandado en este tipo de procesos (art. 251 segundo párrafo). La cuestión a debatir en el juicio previsto por el art. 254 se centrará en la responsabilidad del accionista y el quantum de la indemnización.

1.3. Determinación de los daños y perjuicios

En cuanto a los daños y perjuicios que provocan la demanda resarcitoria prevista en el art. 254, primer párrafo de la ley 19.550, va de suyo que ella es procedente cuando se trata de resoluciones ilegítimas que han tenido ejecución o principio de ejecución, porque sólo entonces habrá perjuicios para la sociedad, al accionista o a terceros. En tal sentido, asiste razón a Siburu[698], cuando sostiene que el hecho de resolver, por sí solo, no, perjudica ni daña. Lo que perjudica

creando la responsabilidad correspondiente es el cumplimiento de la resolución ilegítima.

Teniendo presente el carácter solidario e ilimitado de la responsabilidad que pesa sobre los accionistas que han votado favorablemente la resolución inválida, éstos deberán satisfacer la totalidad de los perjuicios reclamados, sin perjuicio del derecho de repetir contra los demás responsables, entre los cuales se hallan los directores, síndicos o consejeros de vigilancia, según la medida de su responsabilidad en la adopción o ejecución de las decisiones impugnadas. Al respecto, y para las relaciones entre los accionistas responsables, la doctrina es coincidente en medir la responsabilidad de cada uno de ellos conforme al número de acciones de que ellos son titulares, computando la que se exteriorizara en la asamblea(699).

La responsabilidad debe ser integral (art. 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación) y no debe limitarse exclusivamente al pago de las costas y gastos del juicio, sino que deben satisfacerse todos los perjuicios producidos a la sociedad que no se hubieran concretado, de no ser por la actuación de los accionistas, que aprobaron un acto lesivo de la ley, el estatuto o del interés social. Como veremos luego, la jurisprudencia ha hecho responsable a los accionistas, directores y síndicos por los daños y perjuicios sufridos por la sociedad como consecuencia de la transferencia de bienes sociales a terceros, mediante un acto a título gratuito aprobado por una asamblea de accionistas y de la misma manera condenó a los accionistas que en un acto asambleario aprobaron los estados contables que reflejaban un grave ilícito cometido contra la sociedad, así como la gestión de los directores y síndicos intervinientes en el ejercicio a que dichos instrumentos se referían(700).

1.4. Responsabilidad de los directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia

En cuanto a la responsabilidad de los directores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia a que hace referencia el art. 254 primer párrafo de la ley 19.550, ella no proviene de haber votado favorablemente una decisión declarada nula —pues si lo hicieron, su actuación debe ser juzgada como accionistas y no como funcionarios— sino por el hecho de haber ejecutado dichos acuerdos. Rige al respecto todo lo dicho en materia de la acción de responsabilidad contra los accionistas, en torno a la naturaleza de la acción y sujetos legitimados, salvo en lo referido al plazo de prescripción, rigiendo al respecto el plazo de tres años previsto en el art. 2561 del Código Civil y Comercial de la Nación, y en lo referido al dies a quem del mismo, dicha responsabilidad es exigible desde el momento en que una asamblea de accionistas se pronuncia sobre la responsabilidad de tales funcionarios, en tanto la responsabilidad prevista para los directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia por el art. 254 primer párrafo de la ley 19.550 no constituye sino un supuesto concreto de aplicación de lo dispuesto por los arts. 274 a 278 de la ley 19.550, sin perjuicio de cuanto hemos dicho de las acciones individuales de responsabilidad, gobernada por el art. 279 de la ley 19.550 y dicho término (3 años: art. 2561 del CCyCN), debe computarse desde la producción del daño.

Quedan afuera de la responsabilidad prevista por el art. 254 primer párrafo de la ley 19.550, los directores que se hayan opuesto a la ejecución de la decisión asamblearia, en los términos y con los efectos previstos por el art. 274 in fine de dicho ordenamiento, no siendo requerible, a mi juicio, que el director disidente haya promovido la acción de nulidad del acuerdo asambleario nulo, pues aún cuando ellos tienen la obligación de promover la acción de nulidad prevista por el art. 251, su incumplimiento no les generará necesariamente responsabilidad, si participaron en la decisión del órgano de administración que resolvió ejecutar la misma, dejaran constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie a los sujetos previstos en el párrafo final del art. 274.

La acción de repetición contra los directores, síndicos o consejeros de vigilancia por los perjuicios ocasionados como consecuencia de una resolución declarada judicialmente nula, debe ser también iniciada por la sociedad y los demandados deben comparecer a juicio a título personal, y no obviamente como órganos de la sociedad. Satisfecha la responsabilidad en la forma establecida por el art. 254 de la ley 19.550, quien hubiere satisfecho la totalidad de la deuda puede repetir contra los restantes responsables, entre los cuales se hallan los accionistas que hubieran votado favorablemente, debiendo en tal caso el juez graduar la culpa entre todos los responsables de conformidad con las pautas establecidas por los arts. 1724 y 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación. Rige para todos los casos de la acción de reintegro por efecto de la solidaridad, lo dispuesto por los arts. 820 y 821 y 1724 del mismo cuerpo legal.

1.5. Prescripción de la acción. Plazo y comienzo del término. La sentencia de nulidad de la asamblea como cuestión prejudicial

Surge evidente, de los términos del art. 254 primera parte de la ley 19.550, que la acción resarcitoria allí prevista contra los accionistas que votaron favorablemente el acuerdo asambleario declarado nulo, que dicha acción requiere el dictado previo de una sentencia nulificante de tal acuerdo, lo cual supone una cuestión prejudicial, aunque nada impide que el accionista impugnante de ese acto promueva juntamente con la demanda prevista por el art. 251, la acción de responsabilidad contra aquellos accionistas en forma accesoria y subsidiaria de la demanda impugnatoria, acumulando ambas acciones en los términos del art. 87 del Código Procesal, atento a la existencia de una conexidad evidente entre tales acciones, lo cual origina un litisconsorcio pasivo entre los demandados. Ello resulta procedente porque ambas acciones se derivan de la misma causa, con vinculación íntima entre ellas, resultando conveniente por tanto eliminar la posibilidad de que se pronuncien sentencias contradictorias[701].

Lo expuesto reviste importancia en lo que se refiere al término de prescripción de la referida acción de responsabilidad, cuyo plazo se gobierna por lo dispuesto por el art. 2561 del Código Civil y Comercial de la Nación, que fija en tres años el plazo de prescripción para el reclamo de indemnización de los daños derivados de la responsabilidad civil.

Pero, en todos los casos, la prescripción de dicha acción sólo comienza desde la fecha de la resolución firme que declare la nulidad de la asamblea o del acuerdo asambleario, pues el presupuesto de la demanda promovida en los términos del art. 254 primer párrafo de la ley 19.550 lo constituye la sentencia firme de nulidad de la decisión asamblearia y no la promoción de la acción de impugnación prevista por el art. 251 de dicho ordenamiento legal.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia, habiéndose sostenido que el presupuesto necesario para habilitar la acción prevista por el art. 254 de la ley 19.550, consiste precisamente en la declaración de nulidad de determinada decisión asamblearia y es por aplicación del principio romanista del "actio non data non praescribitur", hasta tanto esa resolución se encontrara firme, no podía iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, pues la acción no se encontraba expedita(702).

1.6. Algunos supuestos de aplicación concreta de la responsabilidad prevista por el art. 254 de la ley 19.550

Si bien es cierto que la jurisprudencia se ha pronunciado en forma muy aislada con respecto a la responsabilidad de los accionistas, directores y síndicos que votaron favorablemente la decisión asamblearia declarada judicialmente nula, existen ciertos precedentes que merecen ser destacados.

En el caso "Paramio Juan Manuel c/ Paramio Pascual E. y otros", dictado por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, el Tribunal hizo lugar a una demanda de responsabilidad promovida por un accionista contra una serie de accionistas de la misma entidad que votaron favorablemente un acuerdo asambleario mediante el cual se resolvió transferir determinados bienes sociales —de significativa importancia patrimonial, en forma gratuita, sin contrapartida económica ni beneficio para el ente— en favor de una sociedad del mismo grupo, en desmedro de los intereses sociales.

Se sostuvo en dicho precedente que la ley autoriza la promoción de acciones de nulidad de decisiones asamblearias contrarias a la ley, el estatuto y el reglamento, y no descarta la impugnación de otras que, aunque no contrarias a esas disposiciones, lesionan los intereses de la sociedad, como por ejemplo, la disposición de bienes sociales, para favorecer a un tercero, en desmedro de los intereses sociales. En efecto, conductas como estas encuentran su sanción en lo dispuesto por el art. 254 de la ley 19.550 y deben ser declaradas nulas porque no solo lesionan los intereses de los accionistas sino que ponen en peligro a la sociedad misma, cuyo interés es el interés común de los socios(703).

Otro importante precedente jurisprudencial en materia de la responsabilidad prevista por el art. 254 de la ley 19.550 lo encontramos en el fallo dictado por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal en el caso "Kleio Sociedad Anónima s/ quiebra c/ Iglesias Rogelio s/ ordinario", del 7 de mayo de 2003. Se trataba de un caso en donde se aprobaron determinados estados contables continentes de una operación gravemente perjudicial para el patrimonio de la sociedad, así como la gestión de los directores que la llevaron a cabo. Dijo el tribunal en ese trascendente pronunciamiento, que

la actuación del accionista que aprobó loe balances que reflejaban un daño a la sociedad y para sus acreedores, es encuadrable por analogía en la primera parte del art. 254 de la ley 19.550, que establece que los socios que voten favorablemente una resolución asamblearia, luego declarada nula, responden ilimitada y solidariamente por las consecuencias dañosas derivadas de esa resolución, pues la responsabilidad del accionista no nace por quien obra irregularmente, sino también para quien aprueba lo obrado irregularmente, cuando éste tiene la posibilidad de desaprobar y reprochar la irregular gestión e incluso desplazar a los administradores que incurrieron en esa gestión, pues esa aprobación consolida la irregularidad, de modo que integra y en cierto modo perfecciona el acto irregular.

Lo particular de este caso es que no se había declarado la nulidad de ese acuerdo asambleario, y es por ello que el tribunal sostuvo que la aplicación de la norma del art. 254 primer párrafo de la ley 19.550 lo es "por analogía", en tanto y como lo sostuvo textualmente el tribunal interviniente, ello rige aún cuando no se ha declarado la nulidad de la decisión aprobatoria de los balances —innecesario es hacerlo— pues está suficientemente demostrado en derecho la irregularidad de esa decisión y el daño que para la sociedad y por sus acreedores resultó de la gestión administrativa aprobada por el referido accionista.

§ 2. Revocación y confirmación del acto asambleario inválido

2.1. La revocación del acto asambleario nulo

El art. 254 de la ley 19.550, en su segundo párrafo, admite la posibilidad de que una asamblea posterior pueda revocar el acuerdo impugnado, estableciendo al respecto que esa resolución surtirá efectos desde entonces y no procederá la iniciación o continuación del proceso de impugnación, subsistiendo la responsabilidad por los efectos producidos o que sean su consecuencia directa.

La revocación del acto asambleario puede ser adoptado por asamblea posterior, aun cuando no medie acción impugnatoria, a tenor de lo dispuesto por el art. 245, cuarto párrafo de la ley 19.550, y pese a la redacción de aquella disposición legal, que parecería presuponer, como requisito de la revocación, la existencia de una demanda de nulidad.

De lo expuesto surge con toda claridad que la facultad de sustituir una deliberación asamblearia inválida es resorte exclusivo de la asamblea, en su carácter de órgano supremo de la sociedad, pues, como sostiene Vásquez del Mercado, si aquélla delibera en forma contraria a lo establecido por la ley, nadie mejor que ella misma puede solucionar una situación anómala creada por su culpa[704].

Ahora bien, para que la asamblea revocatoria de un acto asambleario anterior pueda tener eficacia a los fines de lo dispuesto por el art. 254 segundo párrafo de la ley 19.550, es necesario que la nueva asamblea haya sido celebrada sin vicios formales o sustanciales, pero como lo ha dicho la jurisprudencia, la revocación mantiene todos sus efectos legales si el accionista disconforme con ambas decisiones asamblearias no ha procedido a impugnar la asamblea revocatoria(705).

Aclarado lo expuesto, la responsabilidad por los efectos producidos o que sea su consecuencia directa del acto asambleario revocado previsto por el art. 254 in fine de la ley 19.550 es conclusión evidente, en tanto la necesidad de tal revocación indica que el accionista contó con suficiente razón para litigar, promoviendo la acción nulificatoria de aquel acto asambleario. Por ello, y como lo ha dicho la jurisprudencia, en tanto la conclusión del litigio obedeció a un acto de la sociedad accionada que traduce, si no un formal allanamiento, un reconocimiento de la procedencia de los planteos formulados por el actor, debe estimarse en consecuencia que las costas del proceso deben ser impuestas a la sociedad demanda, que ocasionó la fundada actividad procesal de la contraria(706).

La revocación, a diferencia de la confirmación del acto asambleario inválido, no tiene efecto retroactivo, sino que sólo surte efecto desde la fecha que revocó el acuerdo anterior irregular(707), no procediendo la iniciación o continuación del proceso de impugnación, aunque subsistirá la responsabilidad por los efectos producidos o que sean su consecuencia directa.

2.2. La "confirmación" o mal llamada "ratificación" del acto asambleario nulo

La solución prevista por el segundo párrafo del art. 254 de la ley 19.550 es incompleta, pues debió preverse la posibilidad de la sociedad de confirmar la decisión inválida mediante otro acuerdo asambleario, pues si se advierte que la solución prevista por aquella norma tiene por fin dejar sin efecto una asamblea o determinada resolución asamblearia, no se encuentra fundamento para negar la posibilidad de que una nueva decisión de ese órgano tienda a subsanar los vicios de que adolecía la primera, con fines de su convalidación, máximo cuando la experiencia demuestra que la sociedad recurre con mucha más frecuencia a la "confirmación" del acto asambleario nulo que a la revocación del mismo.

Pero es de toda evidencia que el silencio de la ley no puede ser interpretado en forma alguna como prohibitivo de esta posibilidad, pues la convalidación del acto asambleario inválido encuentra expresa sanción en lo dispuesto por los arts. 393 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación, que resultan plenamente compatibles con el régimen de nulidad de los actos jurídicos colegiados. La doctrina extranjera acepta sin reservas la convalidación de los acuerdos asamblearios anulables(708).

Bien es cierto que en nuestra práctica societaria se habla de "ratificación" de asambleas, o "asambleas ratificatorias", pero ello constituye un grave error, pues se trata, en la más estricta puridad jurídica, de un supuesto de confirmación de

un acto jurídico nulo. Con otras palabras, la confirmación del acto asambleario inválido no implica nunca ratificación.

La ratificación es una institución jurídica que importa sólo la aceptación de lo actuado por otro a nombre de la sociedad sin autorización para ello, sin abrir opinión sobre la validez del negocio(709). Por ello, aunque muchas veces en la práctica se convoca a una asamblea ratificatoria de otra anterior, cabe entender que aquélla supone, más allá de la denominación que pretenda serle otorgada, una confirmación de lo decidido en la primera, afectada de vicios nulificantes, pues una de dos: a) Si la primera asamblea o decisión asamblearia es válida, no necesita confirmación ni —perdónese la impropiedad— ratificación posterior y b) Si aquélla adolece de vicios, las únicas posibilidades que le brinda el ordenamiento común para subsanarlos es la revocación del acto o su confirmación (artículos. 393 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación), siempre y cuando no se trate de actos cuya invalidez sea absoluta.

La doctrina y jurisprudencia, tanto administrativa como judicial y a salvo algún caso aislado, han calificado correctamente la mal llamada "asamblea ratificatoria", encuadrándola en el marco de los artículos referidos a la confirmación de los actos jurídicos. En tal sentido, recuerda Manóvil, en épocas de vigencia del derogado Código Civil, pero plenamente aplicables hoy, que en nuestro derecho la asamblea puede producir la confirmación de la resolución viciada y tratándose de nulidades relativas, conforme a lo dispuesto por el art. 1058 del Código Civil, las mismas pueden ser cubiertas por confirmación, la que es definida por el art. 1059 del Código Civil(710).

Por su parte, la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso "Noel Carlos Martín Marcelo y otros c/ Noel y Cía. Sociedad Anónima s/ sumario" del 11 de septiembre de 1997, sostuvo que existió decisión asamblearia válida confirmatoria de una anterior, cuando aquella fue obtenida en asamblea convocada, entre otras cosas, para considerar y "ratificar" las decisiones adoptadas en la anterior y en el orden del día se incluyó todas las precisiones de las que careció la antes aludida. Ha mediado pues confirmación en los términos del art. 394 del Código Civil y Comercial de la Nación, pues la intención de convalidar lo actuado irregularmente fue inequívoca. La confirmación tiene en este caso el efecto retroactivo que se prevé en el art. 395 del referido ordenamiento legal, pues las particularidades que la operatividad del régimen de nulidad presenta en materia societaria, concierne a otros supuestos(711).

Una cuestión que plantea el acto asambleario confirmatorio radica en el contenido del mismo, pues la práctica demostró que cuando se convocaba a una asamblea de este tipo, bastaba incluir un solo punto del orden del día que se limitaba a expresar que esta segunda asamblea era convocada a los fines de "ratificar" una asamblea anterior. Sin embargo, ello constituía una grave infracción a lo dispuesto por el Código Civil que requiere que el acto confirmatorio cumpla con los mismos requisitos que el acto nulo que se pretende subsanar, lo que motivó que la Inspección General de Justicia dictara, a los fines de terminar con esa práctica viciosa, la resolución general 28/2004, conforme a la cual se dispuso que a los efectos de las correspondientes inscripciones en el entonces

Registro Público de Comercio a cargo de dicho organismo, las asambleas de accionistas o reuniones de socios que tengan por objeto el saneamiento de asambleas o reuniones anteriores o de resoluciones en ellas adoptadas, deberán ajustarse a lo dispuesto en materia de confirmación de actos jurídicos por los arts. 1061 y 1062 del Código Civil, lo cual implica tratar los mismos e idénticos puntos del orden del día que la asamblea viciada de nulidad.

La confirmación del acto asambleario inválido puede llevarse a cabo por la propia sociedad o por parte de sus accionistas, incluso por los impugnantes del primer acto asambleario, a través de determinadas actuaciones. Es expresa cuando se convoca a una posterior asamblea, de las mismas características de la anterior, para tratar los mismos puntos del orden del día afectados por algún vicio de nulidad, celebrada sin vicios y con expresa constancia de la sustancia del acto que se quiere confirmar, del vicio de que adolecía y de la manifestación de la intención de repararlo (art. 393 del Código Civil y Comercial de la Nación), requisito, este último, que se obtiene con la nueva decisión asamblearia que resuelva en el mismo sentido que la asamblea anterior.

Del mismo modo, puede suceder que los accionistas que han impugnado de nulidad la primera asamblea, confirmen lo resuelto en la misma, presentándose lo que el art. 394 segundo párrafo del Código Civil denomina como confirmación tácita. Tal es el caso del ejercicio del derecho de receso por parte del accionista actor(712), cuando el accionista que ha protestado contra la decisión asamblearia que resolvió abonar parcialmente dividendos, en dinero efectivo o en acciones, percibe los mismos sin efectuar las reservas correspondientes o cuando vota favorablemente un acuerdo asambleario posterior que presuponga la validez de su acto asambleario antecedente(713).

Contrariamente a lo expuesto en el párrafo anterior, la ejecución por el directorio de la resolución asamblearia impugnada no supone la confirmación tácita del acto asambleario inválido ni afecta la acción de impugnación promovida, ya que siempre subsiste la responsabilidad por los daños causados. Así lo ha expresado un fallo judicial(714), para el cual la acción prevista por el art. 251 de la ley 19.550 sólo se extingue por revocación del acuerdo impugnado, adoptado por asamblea posterior, salvo, claro está, que esa ejecución haya sido consentida por el impugnante en virtud de sus propios actos, como antes hemos visto, conducta que debe ser apreciada en forma restrictiva.

Ahora bien, si conforme a la jurisprudencia antes vista, y por tratarse estrictamente de un supuesto de confirmación expresa, en los términos del art. 1061 del Código Civil —hoy art. 393 del CCyCN— lo resuelto por la asamblea confirmatoria tiene efectos retroactivos a lo decidido en la anterior, ello no significa que la sociedad no deba soportar las consecuencias que emergen del acto asambleario nulo, en tanto la celebración de la asamblea confirmatoria implica el reconocimiento de la procedencia de los planteos formulados por el actor, por lo que las costas del proceso deben ser impuestas a la sociedad demandada. No debe olvidarse que la celebración de una asamblea convocada a los fines de subsanar las irregularidades que afectó un acto asambleario anterior, importa por parte de la sociedad, la tácita aceptación de la existencia de los vicios apuntados. En virtud de ello, y como lo ha resuelto la jurisprudencia,

resulta improcedente eximir a la sociedad de las costas generadas en el incidente donde se decretó la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550 contra las resoluciones adoptadas en la asamblea original, por haber dado lugar, mediante la formación viciada de su voluntad social, a la pretensión cautelar(715).

Por último, y en cuanto a la confirmación del acto asambleario inválido, cabe recordar que los únicos que pueden ser convalidados por este remedio son aquellos que padecen de nulidad relativa, según resulta de lo dispuesto por el art. 388 del Código Civil y Comercial de la Nación, lo cual, siguiendo a Llambías, tiene un fundamento inconmovible, si se advierte qué la nulidad absoluta constituye una sanción rigurosa instituida en resguardo del interés público que no puede ser convalidada por la confirmación. Al contrario, la nulidad relativa es una nulidad de protección y tiene siempre un destinatario que es la persona en cuyo beneficio se ha establecido la sanción de nulidad, que en el caso es la propia sociedad, cuyo interés es custodiado por la acción de impugnación, de naturaleza social, y no individual(716), lo cual hace procedente, como es obvio, la confirmación del acto.

Ello no significa, de manera alguna, que cuando el vicio de nulidad sea consecuencia de la omisión de formas esenciales en la convocatoria o en el funcionamiento, no pueda una asamblea posterior adoptar las mismas decisiones cumpliendo con las formalidades establecidas por la ley, sólo que en tales casos no estaremos en presencia de una asamblea confirmatoria o convalidatoria, sino que constituye una nueva decisión asamblearia, totalmente autónoma de la viciada, y, por supuesto, sin los efectos retroactivos que supone la confirmación.

Puede suceder, finalmente, que el motivo fundamental tenido en cuenta por la sociedad demandada para convocar a una asamblea confirmatoria lo haya sido el dictado de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550 sobre la resolución asamblearia nula, lo cual, de alguna manera, constituye una presunción de ilegitimidad. Pero el dictado de esa precautoria no se traslada directamente al nuevo acto asambleario, cuando este se presenta como saneatoria de los vicios formales que afectaron al anterior(717)y no exhibe vicios propios que merezcan una medida de igual naturaleza.

Finalmente, corresponde señalar que la Inspección General de Justicia ha aceptado la figura de la "confirmación de los actos colegiados" en el art. 48 de la resolución general 7/2015, al disponer que "Si los errores u omisiones afectan en su totalidad o en determinadas resoluciones a una asamblea de accionistas, reuniones de socios u otra forma de acuerdo habilitada por la ley de fondo, la subsanación o saneamiento del acto afectado, se halle o no inscripto, cuando resulte posible por la naturaleza del vicio, debe ajustarse a lo dispuesto en materia de confirmación de actos jurídicos por los arts. 393 y 394 del Código Civil y Comercial de la Nación, debiendo efectuarse en cada resolución o acuerdo confirmatorio, referencia específica al anterior que se dispone confirmar...".

6. DE LA ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN

Art. 255.—

La administración está a cargo de un directorio compuesto de uno o más directores designados por la asamblea de accionistas o el consejo de vigilancia, en su caso.

En las sociedades anónimas del art. 299, salvo en las previstas en el inc. 7º, el directorio se integrará por lo menos con tres directores.

Si se faculta a la asamblea de accionistas para determinar el número de directores, el estatuto especificará el número mínimo y máximo permitido (texto ley 27.290).

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 60, 166, 179 inc. 4º, 234 inc. 2º, 258, 264, 281 inc. d), 299; resolución general IGJ 7/2015, art. 118. LSC Uruguay: arts. 375, 377.

§ 1. El directorio. Características y funciones

La ley 19.550, conservando el régimen previsto por el Código de Comercio, ha puesto la gestión social de las sociedades anónimas en manos del directorio, que es, como principio general un órgano colegiado y que resuelve de acuerdo al principio mayoritario.

El directorio es un órgano necesario de las sociedades anónimas, pues a diferencia de lo que acontece con otros tipos societarios, en los cuales el contrato social puede adolecer de falta de previsión de la organización de la administración de la sociedad, previendo el mismo ordenamiento un régimen supletorio (art. 128, LSC), la ley 19.550 exige imperativamente que el estatuto debe reglamentar la constitución y funcionamiento del directorio, así como el instrumento de constitución debe prever la elección de los integrantes de ese órgano fijando el término de duración en los cargos (art. 166, inc. 3º, LSC).

El directorio tiene a su cargo la administración de la sociedad, con competencia para resolver todos aquellos asuntos que no están atribuidos o reservados a la asamblea de accionistas.

Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con los administradores de los restantes tipos societarios, la ley no ha conferido a los integrantes del directorio, individualmente considerados, las funciones de administración y representación, pues la primera compete exclusivamente al directorio y la segunda al presidente de dicho órgano, en forma exclusiva, aunque permitiendo su reemplazo, en caso de ausencia o impedimento de aquel.

El directorio es, por propia definición, un órgano colegiado, pues sus decisiones deben ser adoptadas por mayoría de sus integrantes, reunidos con las formalidades establecidas por la ley o el estatuto y si bien ha sido dicho por autorizada doctrina(718), que el directorio es siempre un órgano colegiado, aun cuando esté integrado por un solo director, posibilidad expresamente admitida por el art. 255, LSC, dado que el único director debe convocar al síndico o al presidente del consejo de vigilancia para asistir a las reuniones de directorio, y labrar actas de las mismas, con un libro que debe llevarse al efecto, consideramos equivocado ese razonamiento, atento que, por propia definición, el concepto de "colegio" hace referencia a la existencia de cuerpos o conjuntos de personas reunidos para un determinado fin, de manera tal que no puede hablarse de un órgano colegiado cuando el mismo no reúne a por lo menos dos personas.

La opinión de Halperin que hemos traído a colación en los párrafos precedentes, pudo tal vez justificarse, cuando la ley 19.550, en su versión original, exigía la necesaria y obligatoria actuación de un órgano de control interno en las sociedades por acciones, pero hoy carece de fundamento, pues la ley 22.903 admitió la prescindencia de la sindicatura o consejo de vigilancia en las sociedades que no se encuentran incluidas en la norma del art. 299. Por otra parte, la exigencia prevista por el art. 73 de la ley 19.550, que obliga a la redacción del acta de toda reunión de órgano colegiado, no constituye argumento suficiente para derivar de esa obligación el carácter colegiado del directorio integrado por una sola persona, pues el art. 162 obliga a la redacción de un acta de las resoluciones sociales de las sociedades de responsabilidad limitada, cuando las mismas han sido adoptadas por el sistema de consulta, procedimiento que no es compatible con los principios que caracterizan al funcionamiento del órgano colegiado.

Consideramos en definitiva que no puede hablarse de colegio si no hay pluralidad de integrantes en el órgano respectivo, lo cual no descarta que el director único debe respetar las normas de funcionamiento del directorio, ni se encuentra eximido de labrar acta de lo resuelto, aún unilateralmente, pues esta obligación no se funda en la pluralidad de integrantes, sino en la necesidad de dar publicidad a los actos de gestión y brindar la posibilidad de impugnarlos por los accionistas, y mucho más cuando existe una sindicatura o consejo de vigilancia, cuyos integrantes deben necesariamente ser citados y participar en las reuniones de directorio.

§ 2. Naturaleza jurídica de la función de los directores. Críticas a la doctrina orgánica

A diferencia de lo que acontecía con lo dispuesto por el Código de Comercio, que subsumía la actuación de los administradores en general y a los directores en particular, dentro de la figura de los mandatarios, la ley 19.550 cambió dicha concepción y ajustó su normativa a la teoría organicista, conforme al cual los directores no son mandatarios sino funcionarios de la sociedad. El directorio, como parte funcional de la estructura que conforma la persona jurídica, se integra mediante el componente personal de los individuos que son sus miembros, y cuando ellos se expresan o actúan en cumplimiento del objeto social, debe considerarse que es la propia sociedad la que se expresa o actúa(719).

De tal manera, y conforme a los postulados básicos de la teoría organicista, no son terceros los que ejercen la administración y representación del ente, sino la misma sociedad, con arreglo a las atribuciones conferidas por la ley y el acto constitutivo.

Si bien la teoría del órgano no es sencilla de explicar, Halperin justifica su fundamento de la siguiente manera: "La sociedad es administrada por un órgano, cuyas funciones son desempeñadas por los socios o los terceros designados por ellos. Estos socios terceros no son mandatarios de la sociedad, sino funcionarios de la misma. No son terceros, sino la sociedad misma que actúa mediante la actividad concreta de una o varias personas físicas, con arreglo a las atribuciones que les confiere el acto constitutivo y las deliberaciones de la asamblea de socios (órganos de gobierno de la sociedad)"(720). Por su parte, los tribunales mercantiles han resuelto, para explicar la doctrina del órgano, que las manifestaciones de voluntad de dirección y administración de la sociedad, son manifestaciones de voluntad de la entidad, y las personas que ocupan estos puestos no son empleados, apoderados o representantes de éste, porque en este caso, los actos del órgano se confunden con los de la propia entidad, mientras que los actos del representante son actos suyos propios, cuyos efectos trascienden al representado; es decir, actos que se consideran como si partieran del poderdante. O sea, en la representación convencional hay dos personas distintas, mientras que los actos del órgano tienen carácter monista(721).

Del mismo modo, se ha sostenido que la diferencia entre mandato y órgano radica esencialmente en que según el mandato, el directorio es un simple ejecutor de un conjunto de actos encomendados por la sociedad en cuanto mandante, en tanto que como órgano se considera al directorio como un elemento integrativo de la sociedad misma, cuya autoridad deriva de la ley y configura un elemento tipificante de la sociedad anónima; consecuentemente no es necesario acreditar la representación (mandato), bastando con probar el nombramiento para integrar el órgano(722).

Como me ha sucedido en otras oportunidades, y por lo general, como fruto de una mayor experiencia, debo rectificar mi primitiva posición, favorable a la doctrina del órgano como fundamento de la relación jurídica existente entre los administradores y la sociedad, pues posteriores reflexiones a las primeras ediciones de esta obra, y como fruto de mi actividad académica y profesional, he llegado a la conclusión de que dicha doctrina es equivocada, basada en un mero dogmatismo, incompatible con la naturaleza de las cosas y producto exclusivo de elucubraciones intelectuales que carecen de todo respaldo en la realidad sustancial.

Dicho con otras palabras: la doctrina del órgano constituye una ficción, totalmente alejada de la realidad, creada por los juristas y avalada por la jurisprudencia para superar el escollo que presenta el hecho de que, de un mismo sujeto de derecho, puedan emerger diversas manifestaciones de voluntad. Pero la doctrina del órgano no es otra cosa que una ficción montada sobre otra ficción, la de considerar a las sociedades como sujetos de derecho, esto es, y en lenguaje más sencillo, considerar a un conjunto de personas, reunidas en torno a una misma finalidad, como un único sujeto de derecho independiente de las personas que lo componen y con capacidad propia para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Puedo coincidir que el otorgamiento de personalidad jurídica a una asociación de individuos constituye una original solución, ideada hace muchísimos años con fines eminentemente prácticos, en tanto otorga a los terceros que se han vinculado con esa sociedad, la posibilidad de agredir un solo patrimonio, evitando perseguir a cada uno de sus miembros, por la parte de la deuda que se han comprometido a soportar. Esta solución se basa en el antiguo concepto de que no puede existir patrimonio sin persona, lo cual es principio general de nuestro derecho, y por lo tanto, para atacar ese patrimonio en procura de la percepción de un crédito, es necesario previamente imputarlo a alguien y ese alguien es, conforme al legislador, la pluralidad de personas que integran dicha asociación, a la cual denomina persona jurídica y le atribuye los mismos atributos que a los seres humanos, esto es, un nombre, un domicilio, un patrimonio propio y en ocasiones una nacionalidad.

Sin embargo, la originalidad y la evidente utilidad práctica que brinda esta solución, no puede hacer olvidar de que se trata de una mera ficción, esto es, una conclusión que surge del intelecto y no como una realidad impuesta por la vida misma y como tal, ofrece inconvenientes e incoherencias que son imposibles de superar, pues transcribiendo palabras del magistrado Edgardo Marcelo Alberti en su recordado voto en el caso "Castro c/ Alto de los Polvorines Sociedad Anónima", el conceptualismo es capaz de resolverlo todo en la idealidad normativa, más se despreocupa en ocasiones de la inserción de lo resuelto en la materialidad de las cosas.(723)

Cada vez que me encuentro con planteos que no nacen de la observación de la vida real, me vienen a la memoria aquellas sabias reflexiones del profesor Gabino Pinzón, quien, examinando la problemática de la personalidad jurídica de las compañías mercantiles, sostenía que, a diferencia de lo que sucede con el derecho mercantil, en otros campos del derecho escrito, como en el de familia,

las previsiones del legislador sí corresponden o deben corresponder a postulados jurídicos o esquemas teóricos que determinan parte esencial del orden social en general, pero en el derecho comercial, por el contrario, y por ser su campo el de la vida real de los negocios, es esa vida real la que debe ser tenida en consideración a fin de que las reglas de derecho satisfagan más las necesidades y conveniencias prácticas de orden que las concepciones o divagaciones intelectuales de quienes cometen con mayor facilidad, y hasta con delectación, lo que Emilio Langle llama el mayor pecado de los juristas, es decir, el exceso de abstracción que los aleja de las realidades sociales.

Es cierto que la tesis que otorga el título de mandatario al administrador de una sociedad comercial choca con el carácter de sujeto de derecho que el legislador le ha otorgado a estas entidades, pues si la agrupación de personas que la componen es considerada por la ley como una entidad independiente de aquellas, la existencia de la relación mandante (la sociedad) y mandatario (el administrador) resulta absolutamente incongruente con la solución prevista por el art. 2º de la ley 19.550 —el cual considera a la sociedad como un sujeto de derecho— y de allí que la doctrina del órgano viene en ayuda del legislador, al predicar que el administrador no es un tercero ajeno a la sociedad sino que es la sociedad misma la que se manifiesta en el mundo de los negocios, pero no mediante la actuación de un mandatario —en tanto ello supondría la existencia de dos voluntades, incompatible con la noción de persona jurídica— sino a través de la persona física que integra el órgano de administración y representación y a quien debe considerarse un simple funcionario de la compañía.

Pero como lo habrá advertido el lector, la artificialidad de esta doctrina salta a la vista y el hecho de que haya sido aceptada universalmente no mejora su inverosimilitud. La mejor prueba de ello es que, cuando se plantea alguna controversia entre el administrador y la sociedad, aún los más acérrimos defensores de la doctrina del órgano no dudan en recurrir supletoriamente a las normas del mandato, que es, en estricta puridad jurídica, la naturaleza del vínculo existente entre la sociedad y sus administradores(724).

Ahora bien, ya fuese catalogando a la relación jurídica entre la sociedad y el administrador dentro de la doctrina orgánica o contractual, basada en las reglas del mandato, ello descarta cualquier pretensión de incluir a la misma en una relación de naturaleza laboral entre la sociedad y sus directores, y varias son las razones que justifican la ajenidad de la legislación laboral a la figura que nos ocupa:

a) Si bien los directores son designados por la asamblea de accionistas, de ello no se deriva que exista subordinación entre ambos órganos ni que el director deba obedecer ciegamente las instrucciones emanadas del órgano de gobierno, pues la fuente del poder del directorio emerge de la ley y no de la asamblea, y es la normativa societaria la que crea la independencia de actuación de los diferentes órganos societarios y en consecuencia delimita los ámbitos de poder de cada uno de ellos(725). Tan es así que el director debe impugnar la validez de las decisiones asamblearias que juzgue contrarias a la ley, estatuto o reglamento (art. 251, LSC).

b) Los miembros del directorio son revocables sin causa o ad nutum, esto es, en cualquier momento, sin fundamento y por lo tanto, sin derecho a indemnización. Basta pues una decisión asamblearia en tal sentido para que el director removido deba alejarse de su cargo (art. 256, LSC). Ello es manifiestamente incompatible con el régimen de estabilidad y de vocación de permanencia, propio del derecho laboral.

§ 3. Competencia del directorio

Hemos ya sostenido que la ley 19.550 ha adherido a la doctrina orgánica, y al respecto, para delimitar estrictamente las funciones que cada uno de los órganos desempeña en la sociedad, ha establecido específicas competencias entre cada uno de ellos, prohibiendo expresamente a cada órgano la realización de las funciones que no le son propias, a punto tal que ha sido dicho que el vicio de competencia del órgano motiva una nulidad absoluta, inconfirmable e imprescriptible(726).

Con otras palabras, los actos societarios internos responden a una distribución de competencias de carácter inderogable, y su cumplimiento es requisito de regularidad y validez(727), porque la división y funcionalidad orgánica en las sociedades anónimas guardan estrecha relación con los rasgos tipificantes de las mismas y constituyen institutos orientados al mantenimiento de la seguridad jurídica en la adopción de decisiones que luego serán imputados a la sociedad.

Por ello, ni la directorio puede inmiscuirse en la esfera de actuación de la asamblea de accionistas ni viceversa, pues la asamblea no es competente ni para revisar los actos de gestión de directorio ni el cumplimiento de las normas legales o estatutarias en lo que hace al funcionamiento de aquel órgano, ya que la ley 19.550 no le atribuye ni una ni otra función.

De manera tal que el art. 255 primer párrafo de la ley 19.550 es terminante cuando prescribe que es la administración la función que tipifica la actuación del directorio en una sociedad anónima, con lo que quiere significar que los actos que excedan a esa función o incidan en la continuación del giro de los negocios, como la venta del establecimiento o del fondo de comercio, la enajenación de un ramo de la hacienda, de un paquete accionario o de una participación mayoritaria en otra sociedad, el traspaso de una parte importante del activo social, deberán considerarse ajenos a la competencia del órgano de administración social por cuanto exorbitan en concepto de administración a que se refiere aquella norma.

§ 4. Designación de los directores

El art. 166 de la ley 19.550 expresamente dispone, que en caso de constituirse la sociedad anónima por acto único, el instrumento de constitución de la misma deberá contener la elección de los administradores, fijándose el término de duración de sus cargos. Por su parte, constituyéndose la sociedad por procedimiento sucesivo, corresponde a los accionistas, una vez decidida la constitución del ente, la designación de los directores e integrantes del órgano de fiscalización (art. 179, inc. 4º, LGS).

Una vez constituida la sociedad, la ley establece dos procedimientos para designación de los directores, sin perjuicio de otros remedios previstos por el legislador para el supuesto de ausencia temporal, que oportunamente se analizarán. El primero de ellos, que puede calificarse como regla general, consiste en la designación de aquellos por el voto de la mayoría de accionistas reunidos en asamblea general ordinaria (art. 234, inc. 2º). La elección de los directores, en este supuesto, se rige por el art. 243, párrafo 3º, LGS, que fija, con carácter imperativo, el régimen de las mayorías necesarias al efecto, pero, a diferencia de los restantes supuestos previstos por los art. 234 y 235, no ha sido criterio de la ley que la voluntad del grupo mayoritario predomine en forma absoluta sobre las minorías, autorizando —e innovando sobre el régimen anterior—, la designación de directores por categoría de acciones o por voto acumulativo, a efectos de que tales minorías puedan tener un representante en el órgano de administración, en el criterio de que solo a través de esa forma puedan ejercer con mayor idoneidad la función de control que les corresponde.

Por ello es que el art. 263 de la normativa en análisis prevé que los grupos minoritarios puedan acceder al directorio a través del procedimiento de acumulación de votos, pero solo hasta cubrir el tercio de las vacantes a llenar, pues resulta inadmisible que la administración del ente pueda quedar en manos de quienes carezcan del capital necesario para formar la voluntad social.

La designación de los directores puede estar, como segunda alternativa, en manos del consejo de vigilancia, de conformidad a los términos del art. 281, inc. d), LSC, pero para ello es requisito imprescindible la expresa autorización estatutaria; la sola existencia de un consejo de vigilancia no autoriza por sí ese procedimiento de elección de los directores, ni excluye la competencia de la asamblea ordinaria de accionistas para resolver esa cuestión.

Puede ocurrir, y es lícito que así se estipule por vía contractual, la facultad de la asamblea de accionistas de determinar el número de directores, variando el número de ellos en oportunidad de designarse los mismos. Ello está expresamente autorizado por el art. 255, segundo párrafo, siempre y cuando figure como punto expreso del orden del día, y no implique violación de lo dispuesto por el art. 263, en la medida en que la reducción del número de administradores puede afectar el procedimiento previsto por esa norma legal; sin perjuicio de que, como requisito necesario para la asamblea, pueda pronunciarse en tal sentido, el estatuto debe especificar el número máximo y mínimo permitido.

§ 5. El directorio en las sociedades anónimas unipersonales

La ley 27.290, con vigencia desde el mes de noviembre de 2016 y a diferencia de la solución impuesta por la ley 26.994, que incluyó a las sociedades anónimas unipersonales dentro del listado de las sociedades previstas en el art. 299 de la ley 19.550 —sociedades sujetas al control permanente del Estado— sin salvedad alguna, permitió que el directorio de las sociedades anónimas unipersonales pueda ser unipersonal, a diferencia de las demás sociedades incluidas en dicho listado, en donde el directorio debe ser integrado por lo menos con tres directores.

La misma ley 27.290 modificó asimismo el art. 284 de la ley 19.550, dejando sin efecto la sindicatura plural, impuesta a todas las sociedades incluidas en el art. 299 de la ley 19.550 —con excepción del supuesto del inc. 2º—, con lo cual la sociedad anónima unipersonal si bien no podrá prescindir del órgano de control interno, podrá integrar el mismo con un solo integrante y no con tres. Nos remitimos al respecto al comentario que se efectuará al art. 284 de la ley 19.550.

Art. 256.—

Condiciones. El director es reelegible y su designación revocable exclusivamente por la asamblea, incluso en el caso del art. 281, inc. d. No es obligatoria la calidad de accionista.

El estatuto establecerá la garantía que deberá prestar.

El estatuto no puede suprimir ni restringir la revocabilidad en el cargo.

Domicilio de los directores. La mayoría absoluta de los directores deben tener domicilio real en la República.

Todos los directores deberán constituir un domicilio especial en la República, donde serán válidas las notificaciones que se les efectúen con motivo del ejercicio de sus funciones, incluyéndose las relativas a la acción de responsabilidad. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 222, 234 inc. 2º, 246, 274 y ss., 281 inc. d), 369 inc. n). Resolución general 7/2015, art. 118. LSC Uruguay: arts. 378, 380 a 382.

Art. 257.—

Duración. El estatuto precisará el término por el que es elegido, el que no puede exceder de 3 ejercicios salvo el supuesto del art. 281, inc. d).

No obstante, el director permanecerá en su cargo hasta ser reemplazado.

Silencio del estatuto. En caso de silencio del estatuto, se entiende que el término previsto es el máximo autorizado.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 234 inc. 2º, 281 inc. d). Resolución general IGJ 7/2015, art. 76 y 118.LSC Uruguay: art. 380.

§ 1. Duración de los directores en el cargo

El período de duración en el cargo de director es de tres ejercicios como máximo y uno como mínimo, pudiendo el estatuto, dentro de esos límites, fijar el período que corresponda. En caso de silencio del estatuto, debe entenderse que el plazo es de tres ejercicios.

La fijación del plazo no tiene mayor relevancia como derecho que puedan invocar los miembros del directorio, puesto que ellos pueden ser removidos por la asamblea de accionistas en cualquier momento. El plazo no obliga, pues, al órgano de gobierno a respetarlo, y solo tiene por efecto que el director cese en su cargo al cumplir el término[728], salvo que sea objeto de reelección, la cual está admitida, de conformidad a lo dispuesto por el art. 257 de la ley societaria.

Del articulado se desprende la intención de los redactores de la ley de evitar la perpetuación en el cargo de un determinado grupo de directores, facilitando la designación de nuevas autoridades al cabo de un plazo razonable, pero ello no descarta la reelegibilidad de los mismos cuando su actuación hubiera resultado irreprochable.

Claro está que la designación de los directores por el período máximo previsto legalmente, no descarta la rendición de cuentas de su gestión que deben efectuar a los accionistas en forma anual mediante la presentación de los estados contables previstos por los arts. 63 y ss., de la ley en análisis y a ello responde precisamente que el art. 257 no mida el plazo de duración de los directores por años, sino por ejercicios, lo cual se encuentra ratificado por lo dispuesto en el último párrafo del art. 234 en cuanto prescribe que debe ser en

principio una misma asamblea de accionistas la que apruebe las cuentas de los administradores y proceda a la designación de los mismos, decidiendo eventualmente su remoción pues es en tal oportunidad cuando los accionistas meritúan la gestión efectuada por aquellos.

Vencido el término de duración, los directores deben cesar en el cargo, aun cuando, para evitar situaciones de acefalía, el art. 257, párrafo 2º, dispone que aquellos deberán permanecer en el mismo hasta ser reemplazados, lo cual implica una obvia remisión a lo dispuesto por los incs. 1º, 2º y último párrafo del art. 234. Ello, obvio es decirlo, no autoriza a sostener que los directores conserven su puesto indefinidamente, pues ante la omisión del directorio, de convocar a asamblea, los accionistas pueden recurrir al procedimiento previsto por el art. 236 de la ley 19.550, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores y síndicos por el incumplimiento de sus funciones.

La finalidad que se persigue con la norma del art. 257 segundo párrafo de la ley 19.550 consiste en evitar que el directorio quede acéfalo o no pueda deliberar por falta de quórum, y cuando dicha norma prescribe que el director debe permanecer en el cargo "hasta ser reemplazado", implica que debe esperar, antes de cesar en sus funciones, que el nuevo director designado asuma real y efectivamente sus funciones(729).

Sin embargo, la solución prevista por el art. 257 de la ley 19.550, que —como hemos visto— dispone que los directores deben permanecer en sus cargos hasta tanto sean efectivamente reemplazados, no significa autorizar la perpetuación de los directores en sus cargos en forma indefinida, pues dicha norma es inaplicable cuando los directores que conservaron sus funciones hace mucho tiempo que cesaron en sus funciones, responde a la imposibilidad de la asamblea de elegir nuevos integrantes del directorio, configurándose, como lo ha resuelto la jurisprudencia, en un caso de acefalía virtual, que justifica la designación de un interventor judicial(730).

Si los directores han sido elegidos por el consejo de vigilancia, el régimen de duración por los directores en su cargo es diferente, pues estos pueden permanecer en el cargo hasta cinco años, pero sin que la asamblea de accionistas se vea privada de su facultad de removerlos, de conformidad a lo dispuesto por el art. 256. La norma prevista por el art. 281, inc. d), que como se ha visto, autoriza, mediante cláusula estatutaria expresa, la designación de los directores por el consejo de vigilancia, resulta incoherente con otras disposiciones legales, y las razones que pudieron justificar su inclusión, así como la extensión de su mandato en exceso del término previsto por el art. 256, así como la exclusión para ello del tope remunerativo previsto por el art. 261, no resultan claros y la realidad diaria nos ha demostrado que dicha norma no es otra cosa que una curiosidad legal, por completo ajena a nuestras prácticas societarias, a la cual nuestros empresarios nunca han recurrido.

§ 2. Revocabilidad o remoción de los directores

Si bien el art. 256 tercer párrafo de la ley 19.550 prescribe una de las características más trascendentes que caracteriza el funcionamiento del directorio de una sociedad anónima, como lo es la facultad de la asamblea de accionistas de revocar la actuación de uno, varios o todos los directores, atribución que ni siquiera puede ser suprimida ni restringida por el estatuto, el ordenamiento societario no ha sido feliz en la reglamentación de la remoción de los directores, la cual se encuentra no se encuentra orgánicamente legislada, salvo algunas disposiciones aisladas, como lo son los arts. 114, 234, 241, 265 y 276 etc., y es por ello que ha sido considerado aplicable, como regla general, para la remoción con causa de los directores, lo dispuesto por el art. 265 de la citada ley, a pesar de que el mismo se limita al problema del director inhabilitado(731).

El art. 256, párrafo 1º de la ley 19.550, establece la competencia exclusiva de la asamblea de accionistas para resolver la revocación o remoción de los directores intervinientes, facultad de la que goza el órgano de gobierno aún incluso cuando los directores han sido designados por el consejo de vigilancia, en los términos del art. 281, inc. d) de la ley societaria.

La libre revocabilidad de los directores es otra característica propia de la sociedad anónima, pues bajo ningún concepto el estatuto puede limitar esa facultad de la asamblea de accionistas, a diferencia de lo que acontece en las sociedades por parte de interés (art. 129, LSC), en las cuales se admite que los administradores de las sociedades colectivas puedan ser solo removidos con justa causa, si así se hubiera pactado en el contrato social, y en las sociedades de responsabilidad limitada, en las cuales es lícito pactar restricciones a la libre revocabilidad de los gerentes, cuando la designación de los mismos haya sido condición expresa de la constitución de la sociedad (art. 157 in fine, LSC).

La libre revocabilidad de los directores es también denominada "remoción sin causa", y constituye una eficaz herramienta con que cuentan los accionistas, reunidos en órgano colegiado, para poner fin a la actuación de un director, sin necesidad de tener que invocar los fundamentos en que se basan para resolver el alejamiento del cargo de los administradores involucrados.

En puridad, cuando se habla de remoción sin causa, debe entenderse que no existe necesidad de justificar o probar los motivos por los cuales se desvincula a un director de la gestión de la sociedad, pues siempre existe alguna causa que justifica esa medida. La intención del legislador al imponer la libre revocabilidad del cargo de director, ha sido evitar la existencia de controversias en el seno de la asamblea que lo remueve e impedir la posibilidad de que el director removido promueva demanda de impugnación de la decisión asamblearia correspondiente, a los efectos de ser reintegrado al directorio, controvirtiendo judicialmente los fundamentos que se le imputan para justificar su desvinculación.

En definitiva, la intención de la ley 19.550 ha sido dejar siempre las manos libres a la asamblea de accionistas para modificar la composición del directorio cuantas veces lo crea necesario.

Sin perjuicio de ello, nada obsta a que la asamblea ordinaria prefiera remover a uno o varios directores invocando la existencia de justa causa, pues ello le ofrece la ventaja que si el director o directores removidos son también accionistas, ellos no pueden ser elegidos nuevamente para integrar el directorio(732), pero ofrece el inconveniente de que el director removido puede promover impugnar dicho acuerdo asambleario en los términos del art. 251 de la ley 19.550, cuestionando la veracidad de la causa invocada para removerlo, debiendo ser reincorporado al directorio si obtiene éxito en sus pretensiones y si bien alguna jurisprudencia, sin embargo, ha resuelto que carece de apoyatura en derecho positivo el cuestionar una decisión de la asamblea, que hubiese removido a un director de una sociedad anónima, aunque fuera falaz la falta que esos accionistas atribuyeron al desempeño del director removido o aunque ese director no haya sido convocado particularmente a la asamblea a fines de manifestarse sobre su propia actuación, pues ambos aspectos quedan comprendidos y consumidos en la circunstancia normativa de que los accionistas constituidos en la asamblea disponen de la facultad de revocar la investidura de los directores de la sociedad que aquellos integran, cuya facultad no es suprimible ni restringible por el estatuto (art. 256 de la ley 19.550)(733), esta doctrina no puede compartirse, pues precisamente es la facultad no empleada por la asamblea de accionista de remover o revocar sin causa, la que define la cuestión a favor del director removido de reingresar al directorio, cuando éste ha probado la inexistencia del motivo invocado para desvincularlo del directorio, puesto que si la sociedad prefirió recurrir a la figura de la remoción con causa, debe soportar las consecuencias de su propia actuación, siendo desde todo punto de vista evidente que si los fundamentos expuestos para remover a un director no se ajustaban a la verdad, la única consecuencia posible que se deriva de la ilegítima actuación de la compañía es el reingreso del actor al directorio, aún cuando ello solo sea por un breve lapso de tiempo, frente a la posibilidad de ser nuevamente removido, esta vez sin invocación de causa, lapso durante el cual éste deberá ejercer sus funciones con toda plenitud.

Si bien en principio, cuando la asamblea ha sido convocada para tratar la remoción con causa de uno o varios directores, el orden del día debe contener alguna referencia al motivo que fundamentará su eventual remoción, a los fines de permitir que aquellos puedan ejercer su derecho de defensa en el seno del acto asambleario, dicha remoción puede no estar incluida en el orden del día, cuando es consecuencia directa de la resolución de un asunto incluido en éste (art. 276 de la ley 19.550), pues nada justifica comprobar la existencia de graves motivos qua autorizan al inmediato desplazamiento de un integrante del directorio, y no poder así proceder en el mismo acto asambleario, para esperar la convocatoria a una nueva asamblea de accionistas a los fines de tratar esa remoción.

§ 3. Garantía que deben prestar los directores. Su necesaria reglamentación por la Inspección General de Justicia

Una de las pruebas más claras de que existen normas en la ley 19.550 que resultan muy incómodas para aquellos que son sus destinatarios naturales y están obligados a cumplirlas, se encuentra la prestación de la garantía por parte de los directores de sociedades anónimas, que el art. 256 segundo párrafo de dicho ordenamiento legal les obliga a cumplir, como requisito sine qua non para asumir el cargo.

Durante los casi 35 años de vigencia de la ley 19.550, la obligación prevista legalmente de prestar garantías por parte de los directores, a los fines de responder con ella por los eventuales daños y perjuicios ocasionados en ejercicio de sus funciones, se convirtió en una mera formalidad que incluso tampoco se llevaba efectivamente a la práctica, a pesar de la evidente relevancia de la referida garantía.

¿Cómo cumplían los directores con este requisito de necesaria efectivización para asumir el cargo en el órgano de administración? Pues insertando una cláusula en el estatuto, en la cual se establecía una cifra irrisoria, imposible de cumplir la función a la cual dicha garantía estaba destinada, dejándose constancia en el acto constitutivo que todos los directores habían ingresado esa suma en la caja social. Lo verdaderamente curioso de todo esto es que ni la autoridad de control ni quien estuvo a cargo del Registro Público de Comercio desde el año 1972, en que fue sancionada la ley 19.550, puso coto a tan viciosa manera de proceder, máxime cuando la importancia de la prestación de la garantía prevista por el art. 256 segundo párrafo de la ley 19.550 había sido superlativizada por el mismo legislador societario, cuando, en el art. 294 inc. 4º previó expresamente, entre las obligaciones a cargo de la sindicatura y del consejo de vigilancia, el control de la constitución y subsistencia de la garantía de los directores, con expresa facultad de recabar las medidas necesarias para corregir cualquier irregularidad.

Si a ello se le suma que, conforme a la más autorizada doctrina nacional, la no prestación de la garantía es causal de remoción del director remiso en otorgarla, a pedido de cualquier accionista[734], el cumplimiento de la obligación prevista en el art. 256 de la ley 19.550 debe cumplirse con seriedad, esto es, acorde con la finalidad que inspiró la consagración legal de su exigencia.

Siendo esa la intención del legislador y descripta ya la forma en que la clara prescripción del art. 256 segundo párrafo de la ley 19.550 era en la práctica, violada, a nadie pudo sorprender que la Inspección General de Justicia dictara la resolución general 20/2004 del 3 de septiembre de 2004, que dispuso establecer una garantía mínima de pesos 10.000 para cada uno de los directores

de sociedades anónimas por el tiempo que dure su mandato y hasta tanto opere la prescripción de eventuales acciones de responsabilidad.

La prestación de tal garantía fue extendida asimismo a los gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, por expresa remisión efectuada por el art. 157 de la ley 19.550 a las normas del directorio de las sociedades anónimas, así como a los administradores de las sociedades en comandita por acciones (art. 316 de la ley 19.550).

Es importante reiterar que la finalidad que cumple la garantía establecida por el art. 256 de la ley 19.550, al establecer el régimen de garantías que deberán prestar los directores para acceder al cargo para el cual han sido elegidos, tiende a proteger no solo a la sociedad, sino también a los accionistas y terceros de los daños que la gestión de aquellos pueda ocasionarles, ya sea personalmente o por aquellos actos de los directores, cuando la ley los hace responsables en forma solidaria (arts. 266, 269, 272 a 274 etc. de la ley 19.550).

La doctrina nacional ha coincidido en que la finalidad de la solución prevista por el art. 256 de la ley 19.550 es la antes descripta, esto es, la prestación por parte de los directores, conforme expresa previsión legal, de alguna garantía de buen desempeño de las funciones encomendadas(735). Ello fue ratificado por uno de los redactores de la ley 19.550, el Profesor Isaac Halperin(736), quien sostuvo textualmente, en torno al instituto que nos ocupa que el director elegido no puede entrar en funciones sin suministrar previamente la garantía establecida por el art. 256, párr. 2º, y que los estatutos han de detallar en qué consistirá. Establecerla no es una facultad sino una cláusula obligatoria, como resulta del lenguaje empleado y de la función que la ley le atribuye, que es cubrir a la sociedad por los actos del director que comprometan su responsabilidad...", concluyendo el recordado profesor en el sentido que "...dada la función de la garantía, el monto y clase deben ser serios y razonables, acordes con el patrimonio social.

Dictadas las resoluciones generales IGJ 20 y 21 del año 2004, tornando operativa la garantía prevista por el art. 256 de la ley 19.550, algunos sectores de opinión —esto es, quienes nunca exhibieron disconformidad con la determinación de garantías ridículas e insensatas— levantaron sus voces sosteniendo que la Inspección General de Justicia carecía de facultades para determinar el monto de la garantía que deben prestar los directores como requisito imprescindible a los fines de asumir su cargo, argumentándose que esa garantía y su monto es resorte exclusivo del estatuto o del contrato constitutivo, habida cuenta que la referida norma prescribe que "El estatuto establecerá la garantía que (los directores) deberán prestar".

Tal argumento es equivocado y consideramos un grave error sostener que la Inspección General de Justicia carece de facultades para reglamentar la cuestión de las garantías —así como la determinación de su monto—, que deben prestar los administradores de sociedades por acciones y sociedades de responsabilidad limitada, pues es propio de las funciones que cumple como encargado del Registro Público de Comercio —hoy "Registro Público" atento la terminología empleada por el Código Civil y Comercial— ejercer el control de legalidad de los actos que son sujetos a inscripción en ese Registro. Así lo

prescribe el art. 167 de la ley 19.550 y los arts. 3º, 6º a 8º de la ley 22. 315, reglamentaria del las funciones de la Inspección General de Justicia y precisamente, en el control de legalidad que goza el encargado del Registro Público de Comercio radica la facultad del mismo para observar garantías que considere inadecuadas o para exigir nuevas cautelas, por un monto que estima razonable. Bien ha sido dicho que el aludido control de legalidad ha sido instituido en beneficio de la comunidad(737).

Por ello, y transcribiendo a Enrique Butty, para quien el control de legalidad no puede ser sino amplio, pues los efectos de las inscripciones mercantiles son tantos y tan importantes que restringir el alcance de las funciones del registrador importaría deferir importante cantidad de potenciales conflictos a causas judiciales que podrían ser evitadas, resultaría impensable que el registrador mercantil —esto es, en la Ciudad de Buenos Aires, la Inspección General de Justicia— se haga el distraído y permita la inscripción de contratos sociales, estatutos o instrumentos (art. 60 de la ley 19.550) en donde la garantía requerida para los directores a los fines de responder por cualquier irregularidad en el ejercicio de sus funciones, pueda ser cumplida en forma simbólica.

Desde este punto de vista, y teniendo en cuenta el alcance del control de legalidad del encargado del Registro Público, es evidente que la Inspección General de Justicia tiene evidentes facultades de reglamentar el monto de la garantía prevista por el art. 256 de la ley 19.550, pues al asegurarse de su seriedad, protege de alguna manera a las víctimas del reprochable accionar del directorio, en el sentido de que el pleito promovido por ellos a los fines de satisfacer los perjuicios ocasionados por tal actuación, tendrá mejor resultado que el famoso cuadro donde se cuelgan las sentencias inejecutables.

En conclusión, si los arts. 167 de la ley 19.550 y 6º y 7º de la ley 22.315, autorizan al encargado del Registro Público — en la ciudad de Buenos Aires, a cargo de la Inspección General de Justicia — a controlar la legalidad del acto constitutivo, y el art. 256 de dicho ordenamiento legal prevé que el estatuto de toda sociedad anónima deberá establecer la garantía que todo director debe prestar, forzoso es concluir que controlar la seriedad de tal garantía forma parte del control de legalidad que la legislación mercantil le ha otorgado a quien se encuentra a cargo de la registración de los actos mercantiles.

Se sostuvo asimismo, en contra del criterio expuesto por la Inspección General de Justicia en las resoluciones generales 20 y 21 de 2004, que la fijación del monto de la garantía por parte de la Inspección General de Justicia invade el ámbito de actuación de los terceros, quienes tienen la posibilidad al contratar con la sociedad, de exigir mayores garantías a los directores, lo cual constituye un argumento insostenible, pues además de desconocer el alcance del control de legalidad de la autoridad de control, tal criterio ignora que —salvo los bancos y determinados acreedores financieros— ni los proveedores ni los quirografarios y menos los trabajadores están en condiciones de exigir tal garantía, por razones cuya obviedad no es necesario destacar.

Se dijo también, por parte de los eternos disconformes con el control estatal de las sociedades anónimas establecida por la Inspección General de Justicia, que

dado que el art. 274 de la ley 19.550 impone una responsabilidad ilimitada y solidaria a los directores por el mal desempeño de su cargo, la garantía requerida por el art. 256 segundo párrafo de la referida ley es absolutamente inútil y prescindible[738]. Obvias razones de conocimiento de la realidad en que vivimos no permiten coincidir con tal manera de pensar, pues que el legislador haya consagrado un sistema de solidaridad entre todos los directores para responder por los perjuicios causados, en nada predica sobre la concreta efectividad de tal sistema responsabilizatorio. La conocida práctica de designar insolventes en los directorios, de esconder los bienes detrás de la máscara de exóticas sociedades extranjeras, o de vaciar patrimonios mediante modernas técnicas de trasvasamiento de bienes o actividades, revela que la mera solidaridad entre los integrantes de un órgano colegiado lejos se encuentra de constituir una solución idónea que permita, de alguna manera, asegurar a las víctimas del ilegítimo accionar de los administradores, que podrán percibir el monto de los perjuicios que tal obrar les ha causado.

Creemos que la conciliación de todos los intereses en juego no surge tanto del monto de la garantía, sino de la forma de prestarla, y en tal sentido, el criterio de la autoridad de control, prohibiendo la entrega de su ingreso en dinero efectivo a las arcas sociales, reemplazando su prestación por la existencia de bonos, títulos públicos o sumas de moneda nacional o extranjera depositados en entidades financieras o cajas de valores, a la orden de la sociedad; en fianzas o avales bancarios o seguros de caución o de responsabilidad civil a favor de la misma, cuyo costo deberá ser soportado por cada director y no por la sociedad, ha dado un gran paso a los fines de custodiar los intereses de los destinatarios de tales garantías y de la propia sociedad, de no verse privada de administradores eficaces pero carente de posibilidad de afrontar la garantía impuesta por la res. gral. 20 de la Inspección General de Justicia, pues atento el monto de la garantía establecida por el Organismo de Control, se supone que el monto de la prima de un seguro de caución no constituirá una valla para acceder a un cargo en el órgano de administración.

Ello revela que el argumento contrario al monto de las garantías de los directores fijado por las resoluciones generales 20 y 23 del año 2004, basado en un aumento de los denominados "costos de transacción", resulta un argumento falaz, pero aunque haya sido así —que no lo es— la protección de los terceros vinculados con el negocio societario, pero ajenos a su organización, siempre debe predominar sobre los costos internos societarios.

Finalmente y para concluir con la enumeración de las críticas formuladas a la Inspección General de Justicia en torno a la exigencia de garantías serias y adecuadas a la finalidad establecida por el art. 256 de la ley 19.550, se sostuvo que la determinación de su quantum es resorte exclusivo de los estatutos, y en tal sentido, una interpretación literal de aquella norma conduce a esa manera de pensar.

Sin embargo, y en tanto la garantía prevista por el art. 256 de la ley 19.550 está prevista en defensa no solo de los intereses de la sociedad, sino de los accionistas y de los terceros, la simple mención de una determinada suma de dinero en los estatutos no obliga a la autoridad de control a aceptarla, pues los

efectos y alcances de dicha caución excede en mucho la esfera interna de la sociedad.

No debe olvidarse tampoco que, además de las finalidades establecidas en los considerandos de la resolución general IGJ 20/2004, se agrega otra de no menor importancia, pues es hecho comprobado de la mera observación de la realidad negocial, que cuando la sociedad comercial está en crisis, se recurre a meros prestanombres, por lo general de avanzada edad y jubilados y en todos los casos insolventes, para cubrir los cargos del directorio, a los fines de llevar a cabo todo tipo de tropelías contra el poco patrimonio que queda.

Del mismo modo, la misma observación de la realidad nos indica que son innumerables la cantidad de quiebras de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, sin activo y donde nadie puede cobrar los resultados de las acciones de responsabilidad iniciadas contra los directores, porque no hay un solo peso en las arcas sociales y las garantías son irrisorias. Al menos con el actual régimen establecido por la resolución general 20/2004 del Organismo de Control, existirá un fondo para distribuir en beneficio de todas las víctimas de la mala actuación de directores desaprensivos de la custodia del patrimonio social.

La orientación comenzada por la resolución general IGJ 20/2004 fue luego receptada por las Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia, aprobadas por la resolución general 7/2005 y actualmente por su sucesora, la resolución general 7/2015, que en su art. 76 establece textualmente lo siguiente:

"Las cláusulas estatutarias o contractuales que establezcan la garantía que deben prestar los directores de sociedades anónimas y gerentes de sociedades de responsabilidad limitada (arts. 256 y 157 de la ley 19.550), deben adecuarse a las siguientes reglas mínimas.

1. Los obligados a constituir la garantía son los directores o gerentes titulares. Los suplentes solo estarán obligados a partir del momento en que asumen el cargo, en reemplazo de titulares cesantes.

2. La garantía debe consistir en bonos, títulos públicos o sumas en moneda nacional o extranjera, depositadas en entidades financieras o caja de valores, a la orden de la sociedad, o en fianzas, avales bancarios, seguros de caución o de responsabilidad civil a favor de la misma, cuyo costo deberá ser soportado por cada director o gerente; en ningún caso procederá constituir la garantía mediante el ingreso directo de fondos a la caja social.

3. Cuando la garantía consista en depósito de bonos, títulos públicos o sumas de moneda nacional o extranjera, las condiciones de su constitución deberán asegurar su indisponibilidad mientras está pendiente el plazo de prescripción de eventuales acciones de responsabilidad. Dicho plazo se tendrá por observado si las previsiones sobre tal indisponibilidad contemplan un término no menor de tres (3) años contados desde el cese del director o gerente en el desempeño de sus funciones.

4. El monto de la garantía será igual para todos los directores o gerentes, no pudiendo ser inferior al 60 por ciento del monto del capital social en forma conjunta entre todos los directores designados.

Participación del Estado: Los estatutos de las sociedades del Estado están exentos de la inclusión de las estipulaciones que contempla este artículo. Asimismo, dichas estipulaciones no se aplican a los administradores que ejerzan la representación del Estado (nacional, provincial o municipal), o de cualquiera de sus dependencias o reparticiones, empresas o entidades de cualquier clase, centralizadas o descentralizadas, en sociedades en que participen".

Otro aspecto de la cuestión que ha generado alguna controversia radica en la terminación de la garantía, habiéndose sostenido que ella se produce con la cesación del director en su cargo, si su desempeño no está impugnado, pues de lo contrario se mantiene hasta tanto se ventile la responsabilidad(739). Creemos que por el contrario, y en tanto la finalidad de la constitución de la garantía trasciende a la propia sociedad y sus acciones, para proyectarse a terceros (arts. 279 de la ley 19.550 y arts. 173 y ss. de la ley 24.522), ella no puede concluir sino con la prescripción de las acciones de responsabilidad, como lo prescribe el art. 76 de la resolución general 7/2015 y que ha sido establecido en el término de tres años por el art. 2561 del Código Civil y Comercial de la Nación, debiendo recordarse que el curso del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad de los administradores de sociedades queda suspendido mientras los directores o gerentes continúen en el ejercicio del cargo (art. 2443 CCyCN).

En cuanto a la oportunidad en que debe ser prestada la garantía prevista por el art. 256 de la ley 19.550, hemos dicho ya que ella requiere hacerse efectiva antes de la asunción del cargo por parte de los nuevos integrantes del directorio, siendo responsabilidad del síndico la comprobación de tal circunstancia (art. 294, inc. 4º, ley 19.550), estando facultada la Inspección General de Justicia para acreditar el cumplimiento de tal obligación en oportunidad de llevarse a cabo la registración prevista en el art. 60 del ordenamiento societario.

Finalmente, un último tema que ofrece interés sobre la cuestión es la aplicación de las aludidas resoluciones administrativas a los integrantes del directorio de las Sociedades del Estado, tema que ha sido, como hemos visto, expresamente contemplado por el art. 76 último párrafo de la resolución general 7/2015, al cual corresponde remitir, en solución que compartimos.

Conforme a su régimen legal, las Sociedades del Estado son entidades descentralizadas, contando con patrimonio y personalidad jurídica propia, caracterizándose por ser entres íntegra y expresamente estatales, pero sometidas al derecho privado. Al respecto, la ley 20.705 en su art. 1º define a esta clase de sociedades en los siguientes términos: "Son sociedades del Estado aquellas que, con exclusión de toda participación de capitales privados, constituya el Estado Nacional, los Estados Provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades que se constituyan en orden a lo establecido por la presente ley, para desarrollar actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos". Por

su parte, el art. 2º de la referida ley establece que "Se someterán, en su constitución y funcionamiento, a las normas que regulan las sociedades anónimas, en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de la presente ley".

Pues bien, y en lo que respecta al tema previsto por el art. 256 LGS, parece evidente sostener que la aplicación de las normas de la ley 19.550 a las cuales remite la ley 20.705, responden a la necesidad de imponer a las Sociedades del Estado un esquema de funcionamiento sencillo y flexible, pero dichas normas no pueden alterar jamás la naturaleza de estas sociedades, que nada tienen que ver con los principios que gobiernan, en lo sustancial, a las sociedades comerciales, habiendo sido dicho, con toda razón, que la aplicación de la ley 19.550 a las sociedades del estado no trascienden del ámbito de la mera instrumentalización(740).

De tal manera, y a diferencia de lo que acontece en las sociedades anónimas, en las que los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas (art. 163, ley 19.550), en las sociedades del Estado, los entes públicos responden de modo indirecto o subsidiariamente por los actos y hechos de la sociedad que integran y ello es conclusión ineludible del carácter únicamente estatal de sus socios, su solvencia indiscutida y la imposibilidad legal de que los entes sometidas a este tipo societario puedan ser declaradas en quiebra.

Pues bien, y en lo que se refiere concretamente al tema que nos ocupa, la doctrina administrativa ha coincidido que el personal directivo de alto nivel de las Sociedades del Estado, reviste calidad de "agente público", sosteniendo incluso que los vínculos de sus funcionarios con la sociedad e incluso con el Estado titular de las acciones de la misma, constituyen materia de evidente derecho público, y que el personal no directivo (personal subalterno, empleados y obreros), se sujeta a un vínculo privado, mediante una relación laboral emergente del contrato de trabajo común. En conclusión, y por los fundamentos antes expuestos, todo parece indicar que mencionadas resoluciones administrativas no han sido dictadas con el fin de ser aplicadas concretamente a las Sociedades del Estado(741), y así lo ha dispuesto, como hemos dicho, el último párrafo del art. 76 de la resolución general IGJ 7/2015.

§ 4. Constitución de domicilio especial por los directores

El art. 256 de la ley 19.550, luego de la sanción de la ley 22.903, ha incorporado dos disposiciones referentes al domicilio de los directores de las sociedades anónimas:

a) En primer lugar, la mayoría absoluta de los directores debe tener domicilio en la República, lo cual ha sido suficientemente explicado por los legisladores de

1982, en cuanto a que la propia función que cumple el directorio, esto es, la gestión de los negocios sociales, justifica tal exigencia.

b) En segundo lugar, la ley 22.903 exige a la totalidad de los miembros del directorio, la constitución de un domicilio especial en la República, donde serán válidas las notificaciones que se le efectúan con motivo del ejercicio de sus funciones, incluyéndose las relativas a las acciones de responsabilidad. Dicho domicilio queda pues sometido, en cuanto a sus alcances y efectos, a lo dispuesto por los arts. 101 y 102 del Código Civil.

La previsión legal contenida en el art. 256 párrafo final de la ley 19.550, conforme al cual serán válidas las notificaciones que a los directores se le efectúen con motivo del ejercicio de sus funciones, es análoga a la estipulada respecto de las notificaciones cursadas respecto de la sociedad a la sede social inscripta, lo cual le impide al director así notificado, alegar desconocimiento del acto objeto de la notificación cumplida(742).

No existe obstáculo legal para que un director de una sociedad anónima constituya domicilio real y especial en un mismo lugar, pues el art. 256, en su última parte, no contiene norma alguna que impida tal manera de proceder. Pero además, se trata de un problema de responsabilidad del director y no del acto asambleario donde se eligió el mismo, en tanto será aquel quien en forma exclusiva correrá el riesgo de no recibir notificaciones en su domicilio real, en tanto dicha norma prescribe que serán válidas las notificaciones efectuadas al domicilio especial constituida por el director de una sociedad anónima, con motivo del ejercicio de sus funciones, incluyéndose las relativas a la acción de responsabilidad(743).

Finalmente, debe puntualizarse que si bien es cierto que el segundo párrafo del art. 256 de la ley 19.550, al establecer que todos los directores deben constituir un domicilio especial en la República Argentina, no establece un plazo expreso durante el cual ese domicilio especial ha de mantenerse vigente, la jurisprudencia estableció que no es razonable ni coincide con la intención del legislador, hacer cesar la vigencia de ese domicilio con base a la fecha de la renuncia del director, sino que resulta más congruente extender la solución prevista por dicha norma, mientras dura el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad que pudieran promoverse contra el mismo(744).

Art. 258.—

Reemplazo de los directores. El estatuto podrá establecer la elección de suplentes para subsanar la falta de los directores por cualquier causa. Esta previsión es obligatoria en las sociedades que prescinden de sindicatura.

En caso de vacancia, los síndicos designarán el reemplazante hasta la reunión de la próxima asamblea, si el estatuto no prevé otra forma de nombramiento. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 234, 255. Resolución general 7/2015 de la Inspección General de Justicia: art. 118. LSC Uruguay: art. 379.

§ 1. Vacancia en el directorio. La asunción del director suplente

El artículo prevé el supuesto de vacancia en el directorio, disponiendo dos posibles soluciones:

a) En el caso de elección de directores suplentes por determinación estatutaria para subsanar la falta de directores por cualquier causa, los así elegidos accederán al órgano de administración conforme al orden en que han sido electos, y no solo en caso de vacancia definitiva, sino por ausencia temporal o enfermedad de cualquiera de los directores titulares. Si alguno de los directores ha sido elegido por el sistema de voto acumulativo o categoría de acciones, resulta lógico concluir que a través de ambos métodos se deberá proceder a la elección de directores suplentes, a efectos de subsanar la falta de aquellos por cualquier causa. Recuérdese que el art. 258 prescribe la obligatoriedad de prever estatutariamente la elección de directores suplentes, para subsanar la falta de administradores por cualquier causa, en las sociedades anónimas que prescinden de la sindicatura, pues en este caso, y de producirse vacancias en el directorio, se podría llegar al extremo de tornar inoperable a la sociedad, al carecer de la posibilidad de que el órgano de fiscalización cubra temporalmente la vacante, como lo dispone el artículo en análisis.

b) Por otra parte, la ley atribuye a la sindicatura, la facultad de designar reemplazante hasta la próxima asamblea, si el estatuto no prevé otra forma de nombramiento. La facultad de la sindicatura de cubrir las vacantes en el directorio, solo puede hacerse efectiva en el caso de no existir directores suplentes o haber éstos accedido al cargo en su totalidad.

Cabe destacar que tal atribución del órgano de fiscalización constituye una facultad que le es propia por expresa imposición legal, y por ello no es requisito previo a su ejercicio la consulta a los accionistas sobre la persona a designar, la cual depende de su exclusivo arbitrio.

Puede ocurrir —y así ha sucedido en la práctica—, que el síndico no encuentre quién pueda aceptar el cargo propuesto, lo cual es frecuente cuando la sociedad se halla en situación de conflicto. Ante tal estado de cosas, la jurisprudencia ha aceptado la legitimación del síndico para requerir la intervención judicial del ente, a los efectos de que el funcionario designado pudiera poner fin a las anomalías,

adoptando provisionalmente las medidas necesarias para la administración de la sociedad[745].

No debe asimilarse la facultad asignada al órgano de control por el art. 258 de la ley 19.550 con la otorgada al consejo de vigilancia por el art. 281, inc. d), pues aquella es siempre provisional, admitida como un remedio temporal hasta que una asamblea de accionistas proceda a la designación de nuevos directores.

Si fueran varios los directores suplentes elegidos por la asamblea, ellos ingresarán de acuerdo al orden en que han sido elegidos, y si han sido designados por el sistema de elección por clase de acciones (art. 262) o por voto acumulativo (art. 263), ellos reemplazarán al director que ha sido así elegido.

§ 2. Asunción del cargo por el director suplente

2.1. Uno de los temas más controvertidos actualmente en el derecho societario argentino se presenta cuando, ante la posibilidad del fracaso de una reunión de directorio por inexistencia del quórum requerido estatutaria o legalmente, el director suplente también convocado a dicha reunión, asume automáticamente el cargo de director titular ante la inasistencia de otros directores, permitiendo, de ese modo, el funcionamiento del órgano de administración de la sociedad y facilitando la adopción de los acuerdos de directorio.

2.2. Son dos las posiciones que, sobre la cuestión y en forma antagónica, se esgrimen por la doctrina y la jurisprudencia, tanto administrativa como judicial.

Una primer posición, sostenida por parte de la doctrina nacional[746]y por una resolución particular de la Inspección General de Justicia en el caso "Cacoon Sociedad Anónima", del 28 de marzo de 2005[747], predica que la asunción al directorio de la sociedad por parte del director suplente es automática y que no debe cumplirse ningún procedimiento ni trámite previo para autorizar la actuación de aquel, quien podrá reemplazar al director titular en el ejercicio de sus funciones, en cualquier oportunidad en la cual éste no pueda desempeñar su cargo, cualquiera fuera la causa que le impida hacerlo.

La segunda posición es sostenida por la justicia en el caso "Guzzetti Miguel Ángel c/ Guzzetti Hermanos Sociedad Anónima", dictada por la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Quilmes, el 26 de agosto de 2008, así como por la Inspección General de Justicia, que, modificando su original opinión, expuesta en la resolución antes aludida, sostiene la necesidad de realizar un acto formal de asunción del cargo de miembro titular por parte del director suplente. Tal es el criterio expuesto por la autoridad de control societario en el expediente "Inspección General de Justicia c/ Colegio Río de la Plata SA s/ Organismos Externos"[748], que fuera confirmado

por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, mediante fallo del 16 de junio de 2011; en el expediente "Inspección General de Justicia c/ Calimboy SA s/ Organismos Externos", que fuera confirmada por el mismo tribunal de alzada el día 16 de junio de 2011, y en el expediente "Inspección General de Justicia c/ Lagos del Sur Argentino s/ Organismos Externos", que objeto del presente comentario y que, por los motivos que se expondrán, fuera revocada por el mismo tribunal de apelaciones, en fallo del 1º de julio de 2011, debiendo no obstante destacarse que el criterio de la Inspección General de Justicia, que declaró la irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos de la reunión de directorio de la sociedad "Lagos del Sur Argentino Sociedad Anónima" y de la asamblea de accionistas que fuera convocada en dicha reunión de directorio, ante la automática asunción del cargo por parte del director suplente, mereció la adhesión de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que revocó la aludida resolución del Organismo de Control, por otras razones, sobre la cual también nos explayaremos.

3. La Inspección General de Justicia, en el caso "Colegio Río de la Plata Sociedad Anónima", mediante resolución particular 646/2009 del 7 de agosto de 2009, declaró la irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos de una reunión de directorio y su consecuencia, la celebración de una asamblea ordinaria de accionistas convocada en aquella reunión, estimando que no fue correcto remitir una carta documento al director titular, y ante su ausencia, incorporar sin más al director suplente, al solo efecto de formar quórum, sosteniendo que hasta que el director suplente no asuma como titular, no puede reemplazar a otro director titular en forma automática en caso de impedimento o vacancia temporal. La autoridad de control societario llegó a tal conclusión, con base al argumento de que si bien es cierto que la ley 19.550 prevé que el estatuto puede establecer la elección de directores suplentes para subsanar la falta de directores titulares por cualquier causa, la misma no dice que el director suplente asume en forma automática y menos cuando hay otra persona designada para el mismo cargo que permanece ejerciendo el mismo hasta ser reemplazada.

Con anterioridad a ello, existió otro precedente jurisprudencial dictado en el mismo sentido. Nos referimos a la doctrina del caso "Inspección General de Justicia c/ Calimboy Sociedad Anónima", en donde la autoridad de control rechazó la inscripción de la decisión social adoptada en la asamblea de accionistas que fuera convocada en una reunión de directorio, en la cual el presidente del directorio, expulsó del recinto donde se iba a celebrar esa reunión, a dos de los directores titulares de la sociedad, invitando, de seguido, a uno de los directores suplentes, más proclive con su manera de pensar, a los efectos de desempeñar directamente la titularidad y dar el correspondiente quórum a tan original reunión del órgano de administración de la sociedad. Como no podía ser de otra manera y ante tal situación fáctica, la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fallo del 25 de abril de 2011, confirmó esa resolución administrativa. En este mismo sentido, la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Quilmes, mediante fallo del 26 de agosto de 2008, dictado en los autos "Guzzetti Miguel Ángel c/ Guzzetti Hermanos Sociedad Anónima" resolvió en sentido contrario a la "automaticidad" de la asunción por el director suplente a la titularidad en ese cargo, con el argumento de que esa incorporación al órgano de administración está

supeditada a la efectiva vacancia en los cargos del directorio, "único supuesto que hubiera habilitado al suplente para cubrirlo". Sostuvo el referido tribunal de alzada que "La asistencia del director suplente a la reunión de directorio, justamente por su calidad de 'suplente', no podía conformar el quórum legalmente requerido, dado que ninguno de los titulares había renunciado ni había sido removido, y es sabido que el director titular permanece en el cargo hasta ser reemplazado (arts. 257 y 258 de la ley 19.550)".

Luego de ello, y en los autos "Inspección General de Justicia c/ Lagos del Sur Argentino Sociedad Anónima s/ Organismos Externos", resuelto por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial mediante fallo del 1º de julio de 2011, la Inspección General de Justicia, mediante resolución particular 581, del 24 de junio de 2010, había declarado irregulares e ineficaces, a los efectos administrativos, ciertas asambleas de accionistas y reuniones de directorio que habían convocado a dichos actos asamblearios, basados en el argumento de que el director suplente solo tiene una vocación potencial a ocupar el cargo de titular, y que la legitimación de la suplencia no se produce automáticamente, sino que es el propio directorio el que debe admitir, en forma expresa o tácita, la incorporación del hasta entonces director suplente al seno del órgano de administración, afirmando que ese acto habrá de implicar el reconocimiento de que se ha producido una vacante y que ella será cubierta por el director suplente de que se trate.

Si bien este criterio fue compartido por el referido Tribunal de Apelaciones, la resolución dictada por el Organismo de Control en el caso que nos ocupa, fue revocada con el argumento de que si a la asamblea de accionistas, convocada en la reunión de directorio en la cual el quórum requerido legalmente fue obtenido por la ilegítima incorporación automática del director suplente, compareció a ese acto asambleario el cien por ciento de los accionistas, en la cual todos votaron por unanimidad la totalidad de los puntos del orden del día, concluyendo el tribunal de alzada que esa circunstancia es susceptible de purgar cualquier vicio de convocatoria, lo cual constituye decisión sumamente discutible, por las siguientes razones:

a) La ley 19.550 estructura un sistema orgánico que no supone dependencia ni subordinación de un órgano sobre otro. Por el contrario, cada órgano de una sociedad comercial y en especial de una sociedad anónima, tienen competencias específicas y excluyentes, que han sido cuidadosamente otorgadas por nuestra legislación societaria, a punto que ha sido reiteradamente expuesto que los vicios de competencia provocan la nulidad absoluta de la reunión del órgano incompetente en la cual se adoptó una decisión que la ley le asigna a otro órgano(749).

b) El carácter absoluto de la nulidad que provoca la resolución social adoptada por un órgano social incompetente no puede sorprender ni alarmar a nadie y mucho menos tratándose de una sociedad anónima, en las cuales la división de las competencias orgánicas constituyen rasgos tipificantes de la misma(750), siendo por todos sabido que la violación a la tipicidad provoca una nulidad de esa naturaleza.

c) Sostener lo contrario implicaría volver al concepto de la "asamblea soberana", hoy totalmente abandonado, que implicaba predicar una supremacía de la asamblea con respecto a los demás órganos de la sociedad. Como bien sostiene Halperin, no hay tal calidad de supremo en la asamblea de accionistas, ya que sus decisiones pueden ser resistidas por los accionistas y deben serlo por el directorio, por un director o por el síndico: han de ser impugnadas cuando sean violatorias de la ley, del estatuto o del reglamento (art. 251 LS; sus deliberaciones valen solo en los límites de sus facultades legales y estatutarias(751).

d) Con otras palabras, la asamblea de accionistas no puede sesionar en violación a las normas legales de convocatoria —ignorando que el órgano de gobierno solo puede ser convocado, como principio general, por el directorio de la sociedad—, mediante el simple expediente de convalidar los actos viciados del órgano de administración. Así fue resuelto por la Inspección General de Justicia, en una resolución particular dictada en el año 2001, en el cual se resolvió, con argumentos que se comparten, que "La asamblea no es competente ni para revisar a priori los actos de gestión del directorio ni el cumplimiento de las normas legales o estatutarias en lo que hace al funcionamiento de aquel órgano, ya que la ley no le atribuye una u otra función"(752).

Debe recordarse que, con anterioridad a todo ello, la Inspección General de Justicia, en una resolución dictada el 28 de marzo de 2005, en el expediente "Cacoon Sociedad Anónima", había resuelto que carece de sentido final útil pretender la celebración de una reunión de directorio para resolver en ella la formal asunción del cargo por parte del director suplente, a sabiendas de que dicho acto fracasará por falta de quórum. Este caso exhibió una particularidad especial, pues uno de los miembros del directorio, integrado por solo dos directores, había negado haber integrado jamás dicho órgano. Se aclara que dicha resolución administrativa no fue apelada y quedó firme.

Resta pues dar nuestra opinión sobre el tema que nos ocupa, esto es, si la asunción al cargo de director titular por el suplente, es automático o necesita el cumplimiento de determinadas formalidades, como lo constituye la doctrina administrativa que hoy predica la Inspección General de Justicia, siendo válido preguntarse si es legítimo sostener que el presidente del directorio o quien haya convocado a la reunión de directorio (art. 267 de la ley 19.550), tome la precaución, calculando la posibilidad de que alguno de los directores titulares asuman aquella omisiva actitud que en principio luce como extrasocietaria, de convocar a un director suplente a los fines de permitir el funcionamiento de la sociedad y facilitar la adopción de acuerdos sociales.

Ello nos lleva también a preguntarnos que debe entenderse por la "asunción automática" del cargo de director titular, que tanto preocupa a la Inspección General de Justicia y puede llegarse a la conclusión de que la ley 19.550 en momento alguno requiere la existencia de un acto formal de asunción del cargo de miembro titular por parte del director suplente. Por el contrario, carece de todo sentido convocar a una primera reunión de directorio, para resolver en ella la formal asunción del cargo por el director suplente, cuando es predecible, ante la situación en que se encuentra la sociedad, de que dicha reunión también fracase por falta de quórum.

Tampoco la ley 19.550 contiene disposición legal alguna que imponga solo la convocatoria al director suplente ante la renuncia o la decisión asamblearia de remoción de uno o más directores titulares, esto es, en términos generales, ante la desvinculación definitiva del director titular. Si así fuera, se trataría de una norma inadmisible, pues ello estaría en contraposición con lo dispuesto por el art. 258 de la ley 19.550. Por el contrario, cuando esta norma dispone que el estatuto podrá establecer la elección de directores suplentes para subsanar la falta de los directores por cualquier causa, y que esta previsión es obligatoria en las sociedades que prescinden de la sindicatura —esto es, el 90% de las sociedades anónimas cerradas—, es obvio que descarta la desvinculación definitiva como requisito de asunción del cargo por el director suplente, pues la utilización de la expresión "cualquier causa" es lo suficientemente amplia para descartar esa interpretación, siendo desde todo punto de vista evidente que lo que pretende la ley es el correcto y legal funcionamiento de la sociedad.

Finalmente, nada tiene de ilegítimo que el presidente del directorio, o quien llame a la reunión de directorio, convoque también al o a los directores suplentes, para el posible caso de producirse la imposibilidad de reunión por falta de quórum, pues no es objetable que lo que se pretenda es la adopción de concretas decisiones por parte del órgano de administración de la sociedad. Debe entenderse entonces que la especulación de determinados directores sobre la imposibilidad de reunirse el directorio, ante la inasistencia de los mismos a la reunión que ha sido convocada, puede ser un recurso válido ante la existencia de un conflicto de intereses, pero dudamos, salvo casos extremos, de que se trate de una actuación societaria, esto es, inspirada en el interés social. Preferimos sostener, y siempre en términos generales, que lo que debe alentarse es la celebración de las reuniones de actos colegiados y en tal sentido, ante la falta de quórum por la inasistencia de determinados titulares, no encontramos obstáculo de peso para sostener que el director suplente puede asumir sin más el cargo de director titular, siempre y cuando se acredite que aquellos fueron notificados en debida forma y con la anticipación necesaria. Total, siempre quedará al director ausente, el recurso de impugnar esos acuerdos de directorio, con las medidas cautelares correspondientes, posibilidad que ha sido aceptada en forma casi unánime por la doctrina nacional y por los tribunales mercantiles nacionales y provinciales(753).

Art. 259.—

Renuncia de directores. El directorio deberá aceptar la renuncia del director, en la primera reunión que celebre después de presentada siempre que no afectare su funcionamiento regular y no fuere dolosa o intempestiva, lo que deberá constar en el acta pertinente. De lo contrario, el renunciante debe continuar en funciones hasta tanto la próxima asamblea se pronuncie. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 60, 234, 258. Resolución general IGJ 7/2015, art. 118; Uruguay: ley 16.060, art. 384.

§ 1. Renuncia de los directores

A diferencia de lo que ocurre en otros tipos societarios (art. 130), en los cuales la renuncia del administrador solo es generadora de daños y perjuicios para el caso de que aquella fuere dolosa o intempestiva, en las sociedades anónimas, la presentación de la renuncia de un director no implica su inmediato alejamiento del cargo, sino que para ello debe esperar que el directorio —órgano receptor de su dimisión—, se expida sobre la misma en la primera reunión que se celebre después de presentada la renuncia.

La continuidad del director renunciante en la administración de la sociedad puede ir incluso más allá, cuando el directorio rechaza la dimisión, en cuyo caso aquel deberá esperar el pronunciamiento de la asamblea ordinaria de accionistas.

A los efectos de terminar con la incertidumbre que el texto anterior del art. 259 de la ley 19.550 ofrecía para los directores renunciantes, la ley 22.903 efectuó una modificación a dicha norma, que tiende a proteger a los mismos, obligando al directorio a pronunciarse en forma inmediata, es decir, en la primera reunión que se celebre después de presentada la renuncia, solución que se encuentra íntimamente vinculada a lo dispuesto por el art. 267, LSC, que obliga al directorio a reunirse por lo menos, una vez cada tres meses.

Fácilmente se advierte el interés del director en obtener una rápida respuesta del órgano de administración de la sociedad sobre su efectiva desvinculación de la gestión de los negocios sociales, pues de lo contrario, continuará siendo responsable por la actuación del directorio.

El art. 259 de la ley 19.550 establece que la renuncia presentada por el director solo puede ser rechazada, si se dan los supuestos de excepción previstos en dicha norma, es decir, si la renuncia pudiera afectar el funcionamiento regular del directorio, y la misma fuere dolosa o intempestiva. Repárese al respecto que no se trata de dos supuestos alternativos sino complementarios, de manera tal que aun cuando la renuncia afectara el funcionamiento regular del directorio, este órgano no podrá rechazar la misma si tal dimisión no fuera dolosa o intempestiva.

La primera hipótesis, esto es, afectación del funcionamiento del directorio, se presenta cuando la renuncia del director puede dejar sin quórum al órgano de administración, y no existan directores suplentes que pudieran asumir el cargo titular, ni síndico social que pudiera cubrir la vacancia en forma temporal, como lo prescribe el art. 258, LSC, pues de poder encontrarse solución a través de las vías internas que eviten la imposibilidad de funcionamiento del órgano de administración, la renuncia del director no podrá ser rechazada por tal motivo.

El carácter doloso de la renuncia debe ser apreciado en el sentido de que la doctrina ha asignado al concepto de "dolo" en materia de actos ilícitos, designando la intención del agente de provocar el daño que su hecho produce. Por su parte, la intempestividad alude a la imprevisión por parte del órgano receptor de tal renuncia de prever tal acontecimiento.

En definitiva, la renuncia del director sólo puede ser rechazada por el director cuando la misma afecta el funcionamiento de dicho órgano, armonizándose la protección del director dimitente, al cual se le facilita el procedimiento para el alejamiento de su cargo y la defensa del interés social, comprometido en el normal y regular funcionamiento de sus órganos. Pero se reitera: la mera afectación del funcionamiento del directorio como consecuencia de la renuncia presentada no es argumento suficiente para rechazar la dimisión, pues es necesario, además, que tal renuncia haya sido dolosa —pues en tal caso nada justifica premiar al renunciante en perjuicio de la sociedad— o intempestiva, en cuanto a la imposibilidad fáctica de restablecer de inmediato el funcionamiento del órgano de administración.

El art. 259 de la ley 19.550 ha ido incluso más allá, y para evitar actuaciones dilatorias y perjudiciales en contra del administrador renunciante, obliga al directorio a dejar constancia en el acta respectiva de las causas por las cuales la renuncia del director es rechazada, lo cual constituirá prueba suficiente en favor del dimitente, cuando, como consecuencia de la negativa infundada del directorio para aceptarle la renuncia, obligándolo a continuar en el cargo, se le ocasionaran a aquel daños y perjuicios.

Ahora bien, aun cuando el art. 259 no establece sanción expresa al incumplimiento del directorio de expedirse sobre la renuncia presentada, debe interpretarse que la omisión del órgano de administración constituye una concreta manifestación de voluntad en el sentido de la aceptación de la renuncia, pues frente a la dimisión, el directorio tiene la obligación de expedirse, de conformidad a lo dispuesto por el art. 263 del Código Civil y Comercial de la Nación, pues el art. 259 de la ley 19.550 consagra un incuestionable derecho al director renunciante a que se considere de inmediato su dimisión y correlativamente, obtenga un pronunciamiento al respecto: rechazo o aceptación, explícita o implícita. Por ello, parece inaceptable convalidar el silencio, la morosidad, a la postre perjudicial para la sociedad, además del grave cargo para el órgano receptor por admitir la indefinida permanencia de un director renunciado(754).

Rechazada la renuncia, el art. 259 prescribe la obligación del director dimitente de continuar en funciones hasta tanto la próxima asamblea se pronuncie. Por ello, incumbe al directorio convocar de inmediato a la asamblea general ordinaria a los fines de la designación del nuevo reemplazante, y no para ratificar la decisión del directorio, pues la facultad que el artículo citado confiere al órgano de gobierno parece exclusivamente referida a subsanar el funcionamiento del directorio, toda vez que, como hemos visto, el rechazo de la dimisión solo puede fundarse en la paralización de este órgano como consecuencia de la renuncia presentada. Lo contrario implicaría tanto como sostener la procedencia de una

actuación social tendiente a perpetuar a un director en el cargo, contra su expresa voluntad, lo que no puede ser admisible desde ningún punto de vista.

Obviamente, la omisión del directorio en convocar a la asamblea de accionistas habilita al director renunciante a exigir de dicho órgano tal obligación, o convocarla directamente, en caso de omisión (art. 267).

§ 2. Importancia de la inscripción de la renuncia del director en el Registro Público. Normativa de la Inspección General de Justicia

En materia de responsabilidad de los directores, y fundamentalmente en caso de quiebra de la sociedad, nuestra jurisprudencia no se ha mostrado pacífica, exhibiéndose dos criterios diferentes:

a) Por una parte, que debe tenerse en cuenta la fecha de la aceptación de la renuncia de los directores, para desvincular a los directores por las responsabilidades que genera la actividad social(755). Tal parece ser el criterio mayoritario de nuestros tribunales en lo Comercial.

b) Por otra parte, ha sido sostenido que no es suficiente a los fines juzgar la responsabilidad de los directores, la desvinculación o cesación de aquellos en el cargo, pues para su oponibilidad a terceros es menester su inscripción en el Registro Público de Comercio(756).

Fundamentando este último criterio, se ha sostenido que mientras no se produce la registración de la desvinculación del director en el Registro Público de Comercio, como lo dispone el art. 60 de la ley 19.550, es razonable mantener la responsabilidad de los directores por la dirección societaria, pues los terceros contratan can el ente en la inteligencia de que este está integrado y regido por los administradores ostensibles, sobre la base de lo asentado en el Registro Público de Comercio. Otra solución importaría derogar los efectos naturales del sistema del registro societario y publicidad mercantil, con la consecuencia que nada impediría dejar la función y luego especular con el tardío registro del acto, según fuere la suerte ulterior de la empresa.

Disentimos con esta manera de pensar, que no se compadece con el principio general de desvinculación de los directores prescripto por el art. 259 de la ley 19.550, pues mantener la responsabilidad de los administradores de toda sociedad comercial en general, y de los directores de la sociedad anónima en particular, hasta la inscripción de su renuncia en los registros mercantiles, importa desnaturalizar los efectos que predica el art. 60 de la ley en análisis, olvidando también el efecto declarativo que esta registración supone, de modo que si un director puede acreditar, en forma fehaciente, que se ha desvinculado de la sociedad, en una fecha determinada, exhibiendo copia del acta de directorio

o asamblea que así lo resolvió, la posterior inscripción de su renuncia en el Registro Público de Comercio nada aporta a su responsabilidad, que ha cesado desde aquella fecha.

Sin perjuicio de ello, nadie puede negar que el director renunciante tiene evidente derecho a obtener la inscripción de su renuncia en el registro mercantil, para evitar cualquier ulterioridad, y aunque cueste creerlo, la jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles le habían negado legitimación al mismo para instar ese trámite, utilizando para ello el dogmático fundamento de que la única legitimada para inscribir esa renuncia en el Registro Público de Comercio era la propia sociedad y no los socios, quienes solo podrían, ante la inacción de la compañía, promover una demanda de pleno conocimiento contra la misma, a los fines de obtener una sentencia que obligue a la sociedad a realizar el trámite previsto por el art. 60 de la ley 19.550(757), lo cual, como todo razonamiento inspirado en el mero conceptualismo, producía todo tipo de inconvenientes al director renunciante, quien debía incurrir en importantes gastos para obtener esa registración y hacer oponible su renuncia frente a todo el mundo —lo que exquisitamente se denomina en el mundo del derecho como erga omnes—.

Fue precisamente para dar concreta solución a esta cuestión, que la Inspección General de Justicia dictó en el año 2003 la resolu-ción general 11/2003, hoy incluida en la resolución general 7/2015 (art. 118), reglamentó un procedimiento que permite a cualquier administrador de una sociedad comercial inscribir su desvinculación en el Registro Público, sin intervención de la sociedad, procedimiento que inclusive puede ser llevado a cabo cuando el directorio está integrado por una sola persona, que revistió el carácter de presidente del directorio, y este acreditó haber desplegado una intensa actividad a los fines de lograr la aceptación de la misma por los diferentes órganos de la sociedad(758).

Art. 260.—

Funcionamiento. El estatuto debe reglamentar la constitución y funcionamiento del directorio. El quórum no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de sus integrantes. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 73, 243, 244, 266, 267, 271. Resolución general de la Inspección General de Justicia; art. 118; LSC Uruguay: art. 386.

§ 1. Funcionamiento del directorio

Si bien la ley 19.550 impone la necesaria inclusión en el estatuto de cláusulas reglamentarias del funcionamiento del directorio, el legislador en los arts. 260 y 267 han previsto una serie de normas imperativas que sientan las bases de un buen funcionamiento del órgano de administración y si bien dicho cuerpo legal no ha sido tan reglamentario, como lo ha sido con las asambleas de accionistas, ello se justifica por el hecho de que el directorio necesita muchísima más libertad y agilidad para su funcionamiento, habida cuenta, precisamente, que sobre este órgano recae la marcha de los negocios sociales.

Esquemáticamente expuestas, las pautas de actuación del directorio son las siguientes:

a) El directorio debe reunirse por lo menos una vez cada tres meses, y cuando lo requiera cualquiera de los directores (art. 267). En tal sentido, la ley 22.903 ha modificado el texto anterior al art. 267 que preveía reuniones mensuales, que se han estimado demasiadas, en especial en las sociedades anónimas cerradas, pero se prevé que el estatuto puede exigir un mayor número de reuniones. Como resulta lógico, el nuevo artículo ha dejado subsistente la facultad de cualquier director de exigir la convocatoria a esas reuniones, sobre las cuales no establece límites ni restricción alguna, prescribiendo que, presentada por uno o varios directores una inquietud en tal sentido —que debe necesariamente indicar los temas a tratar— es obligación del presidente del directorio convocar a la misma dentro del quinto día de recibido el pedido, y en su defecto, la ley autoriza su convocatoria por cualquiera de los directores, sin perjuicio de la responsabilidad de aquel por incumplimiento de sus funciones.

b) Sin perjuicio de este último supuesto, la convocatoria a reunión de directorio debe efectuarse en principio por el presidente de dicho órgano, salvo cuando estatutariamente se hubiere previsto la oportunidad de cada reunión, supuesto no corriente pero autorizado por el art. 260 de la ley en análisis. La convocatoria a reunión de directorio efectuada por el presidente no está sujeta al plazo de cinco días previsto por el art. 267, pues la naturaleza de los temas a considerar puede justificar la convocatoria para un plazo más corto, pero como principio general, la anticipación de la citación a reuniones de directorio debe ser suficiente para posibilitar la concurrencia de todos los integrantes del órgano, a los fines de excluir la sorpresa o la mala fe(759).

c) La ley 19.550 no hace referencia a la convocatoria por propia iniciativa del directorio, pero ello no implica prohibición, como sucede con la asamblea, siendo válida la reunión cuando están todos los directores presentes en el acto.

d) El presidente del directorio puede revocar la convocatoria a una reunión de directorio con anterioridad a la celebración de la misma, pues el derecho de anular la convocatoria pertenece normalmente a todos aquellos que pueden convocarla, como una manifestación de su propio imperio, de manera tal que carece de todo efecto legal la reunión celebrada cuando ella había sido suspendida por el mismo sujeto que la había convocado(760). Ante ello, cualquier director puede intimar al presidente del directorio a los fines de realizar una nueva convocatoria o recurrir a la Inspección General de Justicia para que proceda a realizar esa intimación(761).

e) El síndico debe ser convocado a todas las reuniones del directorio, el cual deberá asistir con voz pero sin voto (art. 294, inc. 3º, LSC). Igual obligación de convocar cabe al directorio, existiendo consejo de vigilancia, pero obviamente lo expuesto no rige cuando los accionistas han prescindido de la sindicatura, de conformidad a los términos del último párrafo del art. 284.

f) La reunión de directorio debe celebrarse en la sede social o en cualquier otro lugar de la jurisdicción donde se encuentre su domicilio social (art. 233 de la ley 19.550, aplicable por analogía) y si bien es cierto que lo aconsejable es la realización de la misma en la sede social, habida cuenta que es allí donde deben encontrarse los libros y la documentación de la sociedad, en la práctica se presentan casos donde pro cuestiones de confidencialidad, es necesario celebrarla en otro lugar, como por ejemplo, cuando se tratarán cuestiones relativas al personal de la empresa o cuando los directores consideran aconsejable que, atento la situación de conflicto interno, éste no trascienda a la sociedad. La inspección General de Justicia, en alguna oportunidad, resolvió que es en la sede social y no en el establecimiento industrial de la sociedad, sita en jurisdicción diferente, donde debe funcionar la administración del ente(762).

g) El quórum, de acuerdo con lo dispuesto por el ahora modificado art. 260, no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de sus integrantes, disposición que constituye, sin lugar a dudas, un gran acierto de la ley 22.903, pues con anterioridad a la nueva redacción de la norma, dicho quórum debía ser de la mitad más uno de sus integrantes, lo que llevaba al problema de determinar cuál es el quórum suficiente en los supuestos en que el número de directores fuera impar, por ejemplo, cuando el directorio está compuesto por cinco miembros. Justificando esa solución legal, ahora derogada, se había sostenido que la ley había perseguido el aseguramiento de un quórum numeroso, al adoptarse las decisiones por mayoría(763), fundamento que a nuestro juicio no resultaba suficiente, entendiendo que la legislación debe facilitar la actuación del órgano de administración y no trabar su desenvolvimiento, lo cual es tanto más importante si se advierte que se trata del órgano de administración de la sociedad. Por ello, durante la vigencia del ahora derogado art. 260, nos habíamos pronunciado por considerar esa mitad más uno, exigida por este artículo, como sinónimo de mayoría, evitándose con esa interpretación —que ahora la ley 22.903 ha consagrado en el nuevo texto legal— que una minoría negligente o maliciosa pueda evitar la válida constitución del directorio.

h) Las decisiones deben ser tomadas por mayoría, entendiéndose por tal la absoluta de los directores presentes, sin perjuicio de poder establecerse en el estatuto un régimen más riguroso, para que el directorio pueda decidir válidamente sobre asuntos de significativa importancia(764). Puede otorgarse asimismo al presidente del directorio el voto de desempate, pero esta facultad debe estar expresamente autorizada por el estatuto, pues de lo contrario, ante la igualdad entre los integrantes del órgano de administración, la cuestión, puesta a votación, debe considerarse como rechazada.

i) En principio, las reuniones de directorio no requieren orden del día, salvo cuando la misma haya sido solicitada por uno de los directores (art. 267 in fine, LSC). La naturaleza de la actuación del directorio —la marcha de la sociedad,

en todos sus aspectos— es incompatible con la existencia de un orden del día determinado y conspira contra la celeridad que debe caracterizar a la toma de decisiones. Por ello, resulta inaplicable al directorio la norma del art. 246 de la ley 19.550, que sanciona con la nulidad a las asambleas que hayan resuelto sobre puntos ajenos al orden del día, pues los directores están obligados a participar de todas las reuniones del directorio, sin que adquiera relevancia que estos tomen conocimiento previo de los temas a considerar. Es más, cuando la reunión ha sido convocada por un director y no por el presidente, supuesto éste autorizado por el art. 267, que exige, en estos supuestos, la existencia de un orden del día, nada obsta a que en dicha reunión puedan ser consideradas otras cuestiones que resulte imprescindible tratar y que se refieran a la marcha de los negocios sociales, siempre, claro está, que se ha reunido el quórum previsto por el art. 260 in fine y se refiera a negocios ordinarios de la sociedad, pues en caso de tratarse de operaciones extraordinarias, la convocatoria a reunión de directorio, en todos los casos, requiere que el orden del día sea concreto y detallado. Debe reconocerse sin embargo, que la cuestión no es pacífica en la jurisprudencia, a tal punto que en alguna oportunidad se suspendió antes de su celebración una reunión de directorio, por considerarse muy vago el orden del día, por entenderse que cuando el art. 267 de la ley 19.550 se refiere a que "La convocatoria... deberá indicar los temas a tratar" no se limita al supuesto de la convocatoria requerida por un director, sino a todo supuesto de convocación a una reunión de directorio y en consecuencia, para esta corriente de pensamiento, la inexistencia o ambigüedad en el orden del día de una reunión de directorio, provoca la nulidad de la convocatoria, de las deliberaciones o de las resoluciones adoptadas por el órgano de administración de la compañía(765). Coincido por mi parte con la posición adoptada por la Cámara Civil y Comercial de la Tercera Nominación de la Ciudad de Córdoba, la cual, en el caso "Sanmartino Javier Eduardo c/ Cemati SAIC s/ nulidad de reunión de directorio", dictado el 4 de junio de 2002, en donde se resolvió que el tema de la determinación o precisión con que deben formularse los diversos puntos que integran el orden del día en una reunión de directorio, a pesar de tratarse de una materia opinable, dentro de las posiciones que se han venido gestando, lo que con mejor tino resuelve la cuestión, en atención a todos los intereses comprometidos, es la que propone que el orden del día de las reuniones del órgano de administración de la sociedad, cuando los temas hacen a los negocios ordinarios de la sociedad, debe interpretarse de manera flexible, bastando que lo resuelto sea derivado, aún indirectamente, del punto ordinario en consideración. Pero cuando el tema a tratar hace alusión a negocios no habituales o actos extraordinarios, el orden del día deberá ser determinado con precisión, concretando cada punto que incluye, no pudiéndose admitir resoluciones que no deriven directamente del mismo, como por ejemplo, la venta de participaciones accionarias de titularidad de la sociedad, la hipoteca de un inmueble social en garantía de un crédito concedido a la sociedad, etc.

j) Los directores no pueden hacerse representar en las reuniones de directorio ni votar por correspondencia, pero en caso de ausencia podrán autorizar a otro director para hacerlo en su nombre, si existiere quórum (art. 266, LSC).

k) No pueden participar de la reunión de directorio, aquellos directores que tuvieren un interés contrario al de la sociedad (art. 272, LSC).

l) Debe labrarse acta de cada reunión, en un libro llevado a tal efecto de conformidad a lo dispuesto por el art. 73 de la ley societaria. Dicha obligación rige aun cuando el directorio fuera unipersonal, pues constituye un medio eficaz para la reconstrucción de las actividades de la sociedad, lo cual constituye el fundamento mismo de la obligación que la ley mercantil impone a todo comerciante de llevar una contabilidad mercantil organizada (art. 43, Código de Comercio).

m) La Inspección General de Justicia puede intervenir en el procedimiento de convocación de las reuniones de directorio de las sociedades anónimas(766)y enviar inspectores de justicia a las reuniones de directorio, de oficio o a pedido de parte, previo cumplimiento de los requisitos previstos por el art. 150 de las Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia (art. 151 de este cuerpo reglamentario).

n) Finalmente, y encuadrado en las pautas de actuación que para todos los administradores de sociedades comerciales prevé el art. 59 de la ley 19.550 (lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios), los directores titulares tienen el deber de controlar que la reuniones realizadas por el órgano de administración de la sociedad cumplan con las disposiciones legales, teniendo aquellos un deber de actuar en tal situación, y su falta de intervención es plenamente equiparable a una acción(767).

§ 2. La controvertida cuestión en torno a la confección del acta de reuniones de directorio. El caso "Comisión Nacional de Valores c/ Transportadora de Gas del Norte SA s/ Organismos Externos"

La cuestión referida a la confección de las actas de reuniones de directorio era un tema que no ofrecía dificultades, existiendo tradicionalmente dos posturas en torno a la misma: a) Regía el plazo de cinco días previsto por el art. 249 de la ley 19.550, previsto para las asambleas de accionistas y b) Las actas de las reuniones de directorio debían ser necesariamente confeccionadas durante la celebración de dicha reunión, atento la urgente oponibilidad de sus decisiones.

Sin embargo, la cuestión vino a complicarse, de modo totalmente innecesario, con el fallo de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos "Comisión Nacional de Valores c/ Transportadora de Gas del Norte SA s/ Organismos Externos", dictado por la sala B de la Cámara Comercial el 26 de noviembre de 2009, la cual, en un fallo, de neto corte corporativo, resolvió que no existiendo como obligación legal una presunta inmediatez entre la celebración de la sesión y la confección y la firma del acta, la cuestión ha sido resuelta por la costumbre, que enseña que las actas de las sesiones del directorio se confeccionan antes de la sesión siguiente y en ésta se deberá leer, aprobar el texto y firmar el acta de la sesión anterior, siendo también usual que el directorio

haga confeccionar un borrador del texto del acta, que luego de una previa depuración o de síntesis, se traslada al libro de actas.

Discrepamos abiertamente con esta doctrina, por los siguientes fundamentos:

a) En primer lugar, si la ley 19.550, en su art. 73, establece, con meridiana claridad, que las actas de las asambleas de las sociedades por acciones, serán confeccionadas y firmadas dentro de los cinco días de clausurado el acto, carece de toda explicación racional que las actas de directorio, esto es, del órgano de administración de la sociedad, que por ser el encargado de la gestión ordinaria y tener a su cargo la marcha de la sociedad, puedan ser confeccionadas en un plazo indefinido, como surge de la aludida resolución judicial, en especial teniendo en cuenta que, por lo general, las decisiones del directorio son de ejecución inmediata.

b) La inexistencia de plazo alguno en la ley 19.550 para la confección y firma del acta de directorio no puede implicar que debamos necesariamente recurrir a la "costumbre" para cubrir ese vacío legal. Bien pensado, ese silencio autoriza a pensar que la intención del legislador ha sido, contrariamente, la confección del acta a medida que la reunión de directorio se va desarrollando, lo cual es interpretación compatible con la naturaleza de las funciones del directorio.

c) Pero además de ello, existe un argumento fundamental que desautoriza esta original doctrina de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, pues si partimos de la base que el art. 267 de la ley 19.550 prevé, como regla general, que el directorio se reunirá, por lo menos, una vez cada tres meses, salvo que el estatuto exigiere mayor número (cláusula que es totalmente infrecuente en los estatutos de las sociedades anónimas cerradas), resulta inadmisible sostener que el directorio puede esperar tres meses para confeccionar, leer y suscribir el acta de la reunión anterior. Razonar de esta manera implica afectar derechos inderogables de los accionistas y directores de la sociedad, esto es, el derecho de información y el derecho de impugnar decisiones del directorio, para lo cual la redacción y firma del acta es presupuesto fundamental.

d) Finalmente, corresponde discrepar con la interpretación predicada por la sala B de la Cámara Comercial, cuando sostiene que la firma del acta de la reunión se concreta en la siguiente reunión del directorio es consecuencia de la costumbre que se observa del funcionamiento de las sociedades anónimas, pues en más de cuarenta años de profesión de abogado, jamás supe que el directorio postergara la confección y firma del acta de la manera como lo predica el aludido tribunal de alzada. Tal costumbre, en caso de existir, es aislada y no reúne los requisitos necesarios para constituirla en fuente de derecho. Más bien constituye una costumbre contra legem, que jamás debió recibir acogida jurisprudencial. Por el contrario, una actuación de tal envergadura —demorar tres meses la confección y firma del acta de la reunión de directorio—, configura una actuación que puede colocar a la sociedad en situación de "peligro grave" y tornar aplicable la medida cautelar de intervención judicial prevista en los arts. 113 a 117 de la ley 19.550.

En definitiva, el acta de la reunión de directorio debe confeccionarse mientras se celebra la misma, en la cual deben resumirse las manifestaciones hechas en la deliberación, las formas de las votaciones y sus resultados, con expresión completa de las decisiones adoptadas. Rige para las reuniones de directorio, lo dispuesto por el art. 249 de la ley 19.550, incluso en lo que respecta al derecho de los accionistas de obtener, a costa de los mismos, copia del acta de cada reunión, resultando por el contrario inaplicable el plazo de cinco días con que cuenta la sociedad para redactar el acta de la asamblea establecida por el art. 73 segundo párrafo, pues el acta de las reuniones de directorio debe ser suscripta al finalizar la misma, como lo requiere expresamente el art. 73, párrafo 2º de la ley en análisis. Ello no implica que todos los directores puedan convenir, por unanimidad, que el acta será labrada durante ese plazo o firmada en la siguiente reunión de directorio, como suele establecerse, pero si un director exige copia del acta firmada al concluir la reunión de directorio, éste no puede negársela.

Finalmente, todos los directores y el síndico tienen la facultad de requerir copia del acta de directorio, pudiendo incluso ser reclamada por vía de la prueba anticipada prevista por el art. 326 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación[768].

§ 3. Reuniones a distancia y autoconvocatoria de las reuniones de directorio

Como hemos ya explicado, el art. 158 del Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado algunas normas en materia de gobierno, administración y fiscalización de las personas jurídicas, que resultan aplicables a las sociedades, a tenor de lo dispuesto por el art. 150 del referido ordenamiento legal.

Lo verdaderamente trascendente del art. 158 del Código Civil y Comercial de la Nación, se encuentra en sus incs. a) y b), en cuanto prescribe que, en ausencia de previsiones especiales, si todos los que deben participar en el acto lo consienten, pueden llevar adelante una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, aclarando el inc. a) de dicha norma que el acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse. Se consagra de esta manera la posibilidad de celebrar las reuniones del órgano de gobierno a distancia, que era un anhelo que la doctrina societaria reclamaba en forma permanente, siendo de suma utilidad su utilización en las entidades no lucrativas, normalmente constituidas por un importante número de miembros, en las cuales aún cuando las asambleas se realicen con delegados, ello requiere un enorme espacio y grandes gastos de traslado, hospedaje o viáticos a quienes se trasladan de distintos puntos del país.

La pregunta es si dicha disposición puede aplicarse a las reuniones del directorio u órganos colegiados de otros tipos legales, pues el art. 158 del CCyCN ha omitido hacerlo respecto de los demás órganos de administración, lo cual ha llevado a sostener que se trata de una omisión involuntaria del legislador, teniendo en consideración que los antecedentes normativos (decreto 677/2001 y ley 26.831 de Mercado de Capitales) permitieron la implementación del uso de medios tecnológicos para suplir la presencia física de algunos de los integrantes del órgano de administración. Dicha conclusión es —sin embargo— difícil de compartir, en tanto los autores del Código Civil y Comercial de la Nación parecen haber sido muy cuidadosos en la redacción del primer párrafo del art. 158 CCyCN, cuando, en su primer párrafo —en términos generales, referido a la organización interna del ente— se refiere a todos los órganos de la entidad, para luego, en su inc. a) contemplar supuestos específicos, limitándolas a "las asambleas" o "reuniones del órgano de gobierno" de la persona jurídica.

Compartimos entonces con Vítolo[769]la conclusión sobre la inaplicabilidad de la celebración de reuniones a distancia en lo que respecta al funcionamiento de los órganos de administración y fiscalización, la cual no parece estar admitida en el actual Código Civil y Comercial de la Nación y razones no faltan para ello: a) Normalmente los órganos de administración de las personas jurídicas no exhiben un número tan importante de miembros que justifique esta solución; b) Los libros y la documentación de la entidad deben permanecer en la sede social, cuya exhibición, a los directores, consejeros o integrantes del consejo directivo ausentes, exhibe importantes complicaciones cuando la reunión del órgano se celebra por medios electrónicos y c) Tratándose de sociedades anónimas —que es el ámbito en donde este procedimiento más se utiliza—, el art. 256 expresamente prevé que la mayoría absoluta de los directores debe tener domicilio en la República, con lo cual la aplicación de los sistemas electrónicos para la celebración de reuniones del órgano de administración se relativiza considerablemente.

La Inspección General de Justicia, en el art. 84 de la resolución general 7/2015 ha aportado una norma que permite superar esta limitación para la celebración de reuniones de órganos colegiados de administración, admitiendo que el estatuto de las sociedades sujetas a inscripción ante el Registro Público a cargo de este Organismo, podrá prever mecanismos para la realización en forma no presencial de las reuniones del órgano de administración, siempre que el quórum de las mismas se configure con la presencia física en el lugar de celebración de los integrantes necesarios para ello, y que la regulación estatutaria garantice la seguridad de las reuniones y la plena participación de todos los miembros de dicho órgano y del órgano de fiscalización, en su caso. El acta resultante deberá ser suscripta por todos los participantes de la reunión.

En cuanto a la denominada "autoconvocatoria" a reuniones de directorio, si bien el inc. b) del art. 158 del Código Civil y Comercial de la Nación, ella es improcedente, pues el legislador ha reservado esta solución para las asambleas y del consejo de administración de las fundaciones (que carecen de asambleas), descartando al órgano de administración de la sociedad de tal posibilidad, pues la ley 19.550 en su art. 267 ha previsto un régimen especial de convocatoria a reuniones de directorio, que tornan innecesaria la autoconvocatoria, permitiendo

a cualquiera de los directores a realizar la convocatoria, previo requerimiento infructuoso realizado al presidente de la sociedad. Tratándose ésta de una norma imperativa, prevalece la solución prevista por el art. 267 de la ley 19.550 por sobre el art. 158 del CCyCN (art. 150 inc. a] de dicho ordenamiento).

§ 4. Derecho de información de los directores

Ya nos hemos referido al contenido de los conceptos de "lealtad" y "diligencia" propios de un buen hombre de familia, al cual hace referencia el art. 59 de la ley 19.550, a cuyo comentario corresponde remitir.

En materia de directores de sociedades anónimas, siendo por lo general un órgano plural, y con excepción de aquellos casos que por las características especiales de la empresa, los negocios ordinarios recaen sobre los gerentes de la empresa, lo directores no deben esperar que la información le sea suministrada en las reuniones de directorio sino que, a los fines de no incurrir en las responsabilidades previstas por el art. 274 y ss. de la ley 19.550, tienen las más amplias facultades para procurarse por sí toda la información necesaria para tomar las decisiones que requiere la marcha de los negocios sociales, gozando de pleno acceso a los libros contables y sociales y a la documentación respaldatoria de sus asientos.

De manera tal que si bien es cierto que la ley 19.550 no contempla expresamente el derecho que le asiste a un director a compulsar los libros y la documentación de la sociedad y que tampoco existe disposición legal en el ordenamiento societario argentino que prevea el ejercicio del derecho de información por parte del director, aisladamente considerado, de ese silencio no puede derivarse la improcedencia de la pretensión efectuada por un director en tal sentido, cuando éste ha sido excluido de la efectiva administración de la sociedad[770]. De modo tal entonces que los directores, individualmente considerados, no deben contar con autorización del presidente del directorio o del gerente general para compulsar la documentación de la sociedad ni para requerir autorizaciones de los empleados para llevar a cabo las investigaciones que estime menester y esta misma orientación ha seguido la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en autos "Gianakis Ricardo Miguel c/ D'Mode SA s/ ordinario" del 23 de octubre de 2013, cuando resolvió que "El de informarse es un deber que deriva del de diligencia resultante del art. 59 de la ley 19.550, pues a la información corresponde un papel fundamental, tanto para el ejercicio del poder en la sociedad, como para su fiscalización y control y en tal sentido, el deber de administrar la sociedad que corresponde a los administradores, exige que éstos cuenten con toda la información necesaria para ello, ya que resulta imposible hacerlo adecuadamente, sin disponer de ésta".

En el mismo sentido, ha sido resuelto que el deber de informarse compete a todo administrador societario, no siendo suficiente una actitud pasiva de recibir la que

le sea suministrada, sino que tienen el deber de investigar. Se trata, además, de una exigencia que cabe reputar individual para cada administrador, es decir, que corresponde a cada uno a título particular. El deber de información de los administradores sociales se cumple informándose igualmente tanto sobre la marcha general de la sociedad, cuando recabando información sobre aspectos concretos de la misma, en cualquier momento y al margen de las próximas reuniones de directorio; es decir, el deber se extiende a las operaciones singulares y significativas, lo cual está de acuerdo con las normas que regulan la responsabilidad de los administradores societarios, siendo además el criterio que mejor defiende el interés social(771).

Un tema controvertido, cuando el directorio se encuentra en conflicto, lo constituye la presencia en las reuniones de directorio de asesores personales de cada uno de los directores, posibilidad que ha merecido todo tipo de consideraciones. Por una parte, la Sala de Feria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en los autos "Rodríguez Quiroga Edith Julia y otro c/ Macho Roberto y otro s/ medida precautoria", del 30 de enero de 2003, exhibió un criterio suficientemente amplio a favor de cada director, admitiendo tal posibilidad, por considerar que ello no genera gravamen ni para la sociedad ni para los restantes directores. Contrariamente a ello, la sala B del mismo tribunal en los autos "Inspección General de Justicia c/ Propel Sociedad Anónima s/ denuncia", del 28 de febrero de 2005, reconoció que la posibilidad de que el director de una sociedad anónima pueda contar con asesores por él contratas debe ser justificadamente excepcional, por cuando el director debe ser una persona idónea para desempeñar ese cargo, y además, por el carácter privado y reservado que deben tener ciertos datos empresariales, lo cuales no pueden estar continuamente en manos o al alcance de terceros.

Por mi parte, y siguiendo el primero de aquellos criterios, entiendo que nada obsta a que cada uno de los directores pueda requerir, a su costa, cuando el asesoramiento de los profesionales de la sociedad no le resulta adecuado por las razones que fuesen, la presencia de sus asesores personales, siempre y cuando ello no importe una delegación de sus funciones y la naturaleza de la cuestión en tratamiento lo exija, pues si se trata de los asuntos ordinarios de la gestión social, nada autoriza a adoptar esos recaudos, salvo claro, está, supuestos de excepción, como podría ser cuando se trata de una sociedad que padece un grave conflicto interno que se ha trasladado al directorio, y en donde la actuación del directorio apunta más a la defensa de los intereses del grupo de control que a la consecución del interés social.

Del mismo modo, nada obsta a que un director, en el seno de una reunión de directorio, pueda pedir un cuarto intermedio con el fin de interiorizarse sobre el tema a debatir, en especial en aquellos casos en que la decisión a adoptar por el órgano de administración de la sociedad escapa de aquellos que pueden calificarse como actos ordinarios de administración. En tal sentido, la jurisprudencia ha aceptado esta posibilidad cuando se trataba de debatir sobre la constitución de una hipoteca sobre un inmueble de la sociedad, a los fines de asegurar la devolución de un mutuo dinerario otorgado por una entidad financiera(772).

La inspección General de Justicia, haciendo suya aquella célebre frase de Halperin, quien siempre destacaba la existencia de interés nacional en el funcionamiento de las sociedades comerciales, intervino activamente ante la existencia de conflictos intrasocietarios, a los fines de evitar la paralización de los órganos sociales, intimando en algunos casos al directorio a exhibir a uno de sus integrantes, los libros y la documentación respaldatoria de sus asientos, bajo apercibimiento de actuar de conformidad con lo dispuesto por los arts. 302 y 303 de la ley 19.550[773].

§ 5. Deber de lealtad y diligencia. Interés contrario. Existencia de conflicto de intereses en el seno del directorio. La actuación del director disidente

Finalmente, y antes de pasar al tema de la impugnación de decisiones del directorio, nos abocaremos al original sistema previsto por el art. 161 del Código Civil y Comercial de la Nación, trascripto textualmente del Proyecto de Código Civil de 1998 y pensado a los fines de superar los obstáculos que impiden adoptar decisiones, el cual prescribe textualmente que "Si como consecuencia de la oposición u omisión sistemática en el desempeño de las funciones del administrador, o de los administradores, si los hubiera, la persona jurídica no puede adoptar decisiones válidas, se debe proceder de la siguiente manera: a) el presidente o alguno de los coadministradores, si los hay, puede ejecutar los actos conservatorios; b) los actos así ejecutados deben ser puestos en conocimiento de la asamblea que se convoque al efecto, dentro de los diez días de comenzada su ejecución y c) la asamblea puede conferir facultades extraordinarias al presidente o a la minoría, para realizar actos urgentes o necesarios: también puede remover al administrador".

La norma se refiere al órgano de administración de las personas jurídicas o a las dificultades que pudiere afrontar un administrador o administradores —si los hubiera, ante la existencia de un directorio o gerencia plural—, que, como consecuencia de la oposición u omisión sistemática al desempeño de las funciones de aquellos que impide la adopción de decisiones válidas, pero las soluciones previstas por el art. 161 CCyCN no se trasladan a la asamblea o reunión de socios, que, como es conocido por su frecuencia, pueden colocar a la entidad en situación de disolución y liquidación, precisamente, ante la imposibilidad de cumplir con el objeto social, lo cual acontece en aquellas sociedades en donde cada socio o grupo de socios, con posiciones antagónicas, reúnen el cincuenta por ciento del capital social.

A pesar de la claridad de dicha prescripción legal, Crovi entiende que, si bien la norma está ubicada dentro de las disposiciones generales a todas las personas jurídicas, debe entenderse que solo es aplicable a las entidades que tengan como órgano de gobierno a una asamblea. En sentido contrario, la profesora de la Universidad de Rosario, Gabriela Calcaterra, sostiene que el art. 161 CCyCN,

cuando habla de no poder adoptar decisiones válidas, está hablando de decisiones adoptadas en el seno del órgano de administración, aunque aclara que, conceptualmente, no son las decisiones que forman la voluntad del ente, concluyendo que la referida norma se orienta a los casos de la existencia de un órgano colegiado de administración, en donde las ausencias reiteradas o el voto hostil de alguno de sus miembros no permite el funcionamiento del órgano. Esta afirmación es compartida por Niel Puig, quien afirma que las conductas descriptas por el art. 161 CCyCN alcanzan a la convocatoria a reunión del órgano de administración, la imposibilidad de reunir quórum, abuso de cuarto intermedio, imposibilidad de reunir las mayorías para aprobar asuntos que hagan al interés asociativo o recomendadas por la asamblea, el planteo de medidas cautelares, sin perjuicio de otros recursos que lleven a la paralización de la vida institucional al no poder adoptar el órgano las decisiones válidas(774).

Si bien no comparto la afirmación de que las decisiones del órgano de administración de una persona jurídica —en especial cuando se trata de una administración singular o plural no colegiada— no forman la voluntad del ente, sino que, por el contrario, sostengo son ellos quienes adoptan y ejecutan las operaciones ordinarias de la entidad, asiste razón a quienes apoyan la aplicación de la solución prevista en el art. 161 del CCyCN, acotada a la administración de la persona jurídica, puesto que nada hace concluir que sus prescripciones pueden ser aplicables a la asamblea o reunión de socios. Por el contrario, los legisladores parecen haber destacado el rol de la asamblea como superadora de los conflictos descriptos en aquella norma, pero no como ámbito en donde los mismos se producen(775).

Las soluciones previstas por el art. 161 del CCyCN, tendientes a superar los obstáculos que impiden adoptar decisiones al órgano de administración de la persona jurídica no agotan los recursos previstos por las leyes especiales para lograr idéntico propósito. Así, no queda descartada la utilización de las denominadas medidas autosatisfactivas —a las que el Poder Judicial es por lo general muy reacio a admitirlas— o al nombramiento de interventores o coadministradores judiciales, tema que debió merecer, en este Título, una legislación más completa y detallada, pues es una solución totalmente aplicable a todas las personas de existencia ideal.

La lectura del art. 161 del CCyCN, plenamente aplicable a las sociedades (art. 150 inc. a]) del Código Civil y Comercial de la Nación, revela que las distintas situaciones previstas en los tres incisos del art. 161 del mismo ordenamiento legal no constituyen etapas de un mismo procedimiento, sino que son distintos remedios para diferentes hipótesis. Así, por ejemplo, cuando los incs. a) y b) de dicha norma, se refieren a que el presidente o alguno de los coadministradores, si los hay, pueden ejecutar los actos conservatorios, la solución parece referirse al supuesto en que el estatuto haya exigido una representación plural conjunta y ella no pueda ejercerse por las diferencias existentes entre sus representantes, ante lo cual, quien llevó a cabo el o los actos conservatorios deberá ponerlos en conocimiento de la asamblea que se convoque dentro de los diez días de comenzada su ejecución; Por su parte, el inc. c) de dicha norma, al autorizar a la asamblea a conferir facultades extraordinarias al presidente o a la minoría para realizar actos urgentes o necesarios, pudiendo asimismo disponer la remoción

del administrador, se refiere a distintas hipótesis que se presentan en la práctica, por ejemplo, cuando el órgano de administración carece de quórum para funcionar y se trata de llevar a cabo una operación imprescindible para el giro o funcionamiento de la entidad, facultades que pueden ser otorgadas al administrador o administradores en minoría, cuando la imposibilidad de funcionar el órgano responda a la actuación de los integrantes designados por el grupo de control. Del mismo modo, el inc. c) de la norma en análisis admite expresamente, como remedio eficaz para permitir el normal funcionamiento del órgano de administración de la persona jurídica, la remoción del administrador, en concordancia no solo con lo dispuesto por los arts. 157 y 256 de la ley 19.550 para las sociedades; sino también por los arts. 176 y 209 del CCyCN, respectivamente, para las asociaciones civiles y fundaciones; el art. 59 de la ley 20.337 de Cooperativas, el art. 14 de la ley 20.321 de Mutuales; el art. 2066 para el Consorcio de Propiedad Horizontal, etc.

En definitiva y como bien lo resumen Junyent Bas y Meza, el art. 161 del CCyCN tiene por finalidad evitar conflictos, a través de un mecanismo de solución de controversias, ante oposiciones automáticas que impidan adoptar decisiones válidas al órgano de administración. Es de suyo —aclaran estos autores— que también se encuentra de por medio la posibilidad de que, además de pedir la remoción del administrador renuente, la asamblea autorice al presidente a ejercer la acción preventiva reglada en el art. 1711 del referido ordenamiento legal(776).

Concordantemente con ello, el art. 86 de la resolución general 7/2015 prevé la admisibilidad de que, a través de expresas cláusulas estatutarias se prevengan eventuales oposiciones u omisiones sistemáticas por parte de los administradores que imposibiliten el desempeño regular de las funciones del órgano de administración de una sociedad mediante las cuales no permitan adoptar decisiones válidas.

§ 6. La impugnación de decisiones del directorio(777)

6.1. La cuestión en la ley 19.550

La ley 19.550 no prevé, entre sus disposiciones, un régimen específico para la impugnación de actos del directorio, a diferencia de lo que ocurre con los actos del órgano de gobierno —asamblea— los cuales tienen, en los arts. 251 y 254, un minucioso sistema de impugnación regulándose la acción, los presupuestos básicos de la misma, y aun la posibilidad de obtener medidas cautelares en salvaguardia del interés social.

La primera pregunta que se le ocurre formularse a todo aquel que se acerque al tema es por qué el legislador no ha previsto, dentro del complejo andamiaje de normas de la ley 19.550, un sistema similar, abarcativo de los actos del órgano de administración —directorio—. Varias respuestas pueden darse frente al interrogante:

a) Los autores de la ley seducidos —quizás— por la doctrina de la identidad sustancial, no consideraron necesario repetir una normativa para el directorio, cuando ya se había desarrollado todo el sistema de impugnaciones al tratar el régimen de asambleas el cual, sistemáticamente, en el articulado de la ley, es anterior a las normas que abordan la temática del órgano de administración, resultando aquellas normas plenamente aplicables al supuesto posterior. Sin embargo, no parece convincente esta postura, ya que no concuerda ni con el estilo de los legisladores, ni con otras normas específicas de la ley que —cuando desean remitir a expresas disposiciones legales del texto sancionado— lo hacen expresamente(778).

b) Otra respuesta posible sería la comprensión por parte del legislador, que no se pueden abarcar todos los temas específicos al sancionar una ley de sociedades, por lo que dejaron este caso para incorporarlo en una reforma posterior(779), aguardando la tendencia que siguiera al respecto la jurisprudencia, inspirados —tal vez— en los antecedentes españoles —sistema en el cual la creación del régimen de impugnaciones de los actos del directorio se fue dando en una lenta evolución jurisprudencial—. Tampoco parece convincente esta hipótesis, toda vez que tampoco fue incorporado un sistema de impugnación de los actos del directorio al modificarse la ley 19.550 por la 22.903, ni hay referencia por parte de los legisladores —en las exposiciones de motivos de ambas leyes— sobre el particular.

c) La tercera respuesta podría vincularse a la más sencilla de las razones consistente en que, como el Código de Comercio en su art. 353, párrafo 3º, no preveía ese sistema(780), ni se contemplaban normas al respecto en el Anteproyecto de la ley, no se tuvo presente la existencia de conflictos en este aspecto. Sin embargo, convalidar una posición de esta naturaleza constituiría una franca desconsideración para con quienes tuvieron la responsabilidad de redactar el articulado de nuestra Ley de Sociedades, pues los legisladores de 1972, que tuvieron la audacia de producir un cambio sustancial en todo el régimen societario, sustituyendo principios que parecían —anteriormente— inmutables, alterando el concepto de la autorización por el de la adecuación, el de la comercialidad del objeto por el de la tipicidad, y tantos otros, no podemos siquiera suponer que no advirtieran —sobre la base de las concepciones más modernas, y de la evolución del derecho comparado— un supuesto como el que analizamos. Esta hipótesis debe descartarse definitivamente.

d) Podría responderse, también, aduciendo que los legisladores quisieron expresamente omitir la consideración de la impugnación de actos del directorio pues, resultando necesario —por expresa disposición legal— que no existan otras nulidades que aquellas consagradas por las leyes (art. 1037, Código Civil), la omisión de previsión legal convertiría a dichos actos en inatacables. Tampoco es generosa esta respuesta respecto de los legisladores, toda vez que, como hombres del derecho conocían —suficientemente— la doctrina de las nulidades implícitas de larga elaboración en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia. También esta respuesta debe descartarse.

e) Finalmente podría sostenerse que los legisladores —deliberadamente— han omitido la regulación del régimen de impugnación de los actos del directorio en función de adherir la concepción que concibe a los mismos como inatacables, optando por reemplazar un sistema de invalidez por otro de responsabilidad permitiendo —de ese modo— una mayor dinámica en la

actuación de la sociedad, el tráfico mercantil, estableciendo la presunción de legitimidad de los actos de los administradores. La posición se concilia —perfectamente— con el gravoso régimen de responsabilidad —exagerado quizás— que preveía el articulado original de la ley 19.550 el cual debió ser atenuado en oportunidad de las reformas introducidas a dicha ley por la 22.903.

Es esta respuesta, desde nuestro punto de vista, la más adecuada a la pregunta formulada, acompañando —probablemente— la tendencia desarrollada por la doctrina italiana la cual puede advertirse en los fallos dictados por la Corte de Casación en una evolución que comienza en el año 1961, repetida en la década del 70, así como en las obras de Grippo(781), Borgioli(782), Cottino(783), Salanitro(784), y otros, cuyo mayor exponente actual es Galgano(785).

Sostiene este último autor que las deliberaciones del órgano de administración gozan de una inmunidad, respecto del derecho común, aún más pronunciada que la acordada a las deliberaciones asamblearias. La actividad deliberativa del consejo de administración —al decir de Galgano— se desenvuelve en un verdadero y propio spazio vuoto di diritto: la violación como obra de ello, de las normas de la ley o del acto constitutivo no da, en línea de principio, lugar a acciones de nulidad o de anulación de las deliberaciones del órgano de administración por parte de los directores ausentes, o disidentes, ni de parte del síndico, y tanto menos de parte de los socios o de terceros interesados(786).

Realmente son diversos los argumentos que podrían acercarse para sostener esta posición —en lo que hace al pensamiento o concepción del legislador— pero la verdadera llave de acceso para la interpretación se encuentra en la disposición del art. 272 de la ley 19.550 referido al supuesto del director con interés contrario, mediante el cual se advierte que el legislador ni siquiera ha previsto la nulidad de la decisión del directorio cuando el acuerdo adoptado lo haya sido con el voto de un director con interés contrario. Ello parecería confirmar que el pensamiento de los legisladores estaba más cerca de una impugnabilidad absoluta —prefiriendo un riguroso sistema de responsabilidad— que de cualquier otra alternativa.

De todos modos, nuestra posición no deja de constituir una hipótesis y, una vez sancionada la ley, la misma ha tomado distancia de la intención del legislador para adquirir vida propia incorporándose —armónicamente— a la totalidad del orden jurídico.

En tal sentido, no ha podido escapar a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que —en el particular caso en análisis— ha desatado controversia respecto de la impugnabilidad.

Ahora bien, correspondería entonces analizar —en comparación con el pensamiento del legislador— si en el actual régimen de sociedades comerciales, y atento a la falta de regulación legal, las decisiones del órgano de administración resultan —en realidad— atacables y cuáles son las normas aplicables al supuesto particular.

6.2. La posición de la doctrina nacional

Puede afirmarse, como principio general, que —salvo algunas opiniones aisladas— la doctrina nacional ha admitido la posibilidad de impugnar las decisiones del órgano de administración, aunque con importantes discrepancias en torno de los sujetos legitimados para hacerlo.

Se advierte, sin embargo, que para llegar a esa conclusión se ha tomado la doctrina elaborada con posterioridad a la sanción de la ley 19.550, pues con anterioridad a 1972 regía el Código de Comercio cuyo art. 353, párrafo 3º, admitía en principio esa posibilidad, a través de una norma cuya redacción dejaba un amplio margen para interpretaciones.

Concretamente, en favor de la posibilidad de impugnar las decisiones del directorio se pronuncian Halperin(787); Zaldívar(788); Farina(789); Bendersky(790); Otaegui(791); Butty y Carvajal(792)aunque con limitaciones, Muguillo(793), Roitman(794), Gregorini Clusellas(795), Gardulich(796), Junyent Bas(797), Rouillon y Cristiá(798), etc.

En sentido contrario —adhiriendo a la posición de inimpugnabilidad— se ha pronunciado Verón(799), coincidiendo con un fallo dictado por la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, en autos "Vistalba SA c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA"(800).

En una posición intermedia puede encontrarse a Romero, Escutti y Richard(801), quienes sostienen como principio general la inimpugnabilidad de las decisiones del directorio, aunque admiten la posibilidad de impugnar los acuerdos violatorios de la ley, el estatuto o el reglamento, o que invadan la competencia de la asamblea con lo cual de hecho, se pronuncian —contrariamente a lo que puede suponerse— por la impugnabilidad, ya que el marco de las excepciones supera con creces un principio general que encontrará difícil aplicación práctica.

En lo que a antecedentes jurisprudenciales se refiere, nuestros tribunales han aceptado mayoritariamente la impugnación de acuerdos del directorio, pudiéndose registrarse en tal sentido los fallos por la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal en autos "Orona Alberto c/ Gas Argentino Sociedad Anónima s/ medida precautoria" del 18 de julio de 2001; "Páez Allende Jorge c/ Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur Sociedad Anónima s/ medidas precautorias" del 11 de diciembre de 2001; "YPF Sociedad Anónima c/ Gas Argentino Sociedad Anónima s/ medida precautoria"; "Levy Diego Federico y otros c/ Laboratorios Esme SAIC s/ ordinario" del 18 de diciembre de 2014: "Rubio de Stefanoni María Luz c/ El Retiro de Lobos SA y otros s/ ordinario", del 12 de abril de 2012; "Bordeu Roberto Atilio c/ Aero Vip SA s/ ordinario", del 24 de mayo de 2012; "Levy Diego Federico y otros c/ Laboratorios Esme SAIC y otros s/ ordinario", del 23 de mayo de 2014; de la sala B del mismo tribunal en autos "Kraft, Guillermo Ltda. c/ Motormecánica SA s/ sumario"(802); "Forn Eduardo c/ Uantú SA s/ ordinario" del 24 de junio de 2003; "Haimovici Claudio Jorge c/ Casa Rubio SA s/ ordinario", "Paoli de Yechilián Josefina c/ Kleiman Mario A. s/ sumario" (803); del 14 de octubre de 1986; "Noel Carlos Martín Marcelo c/ Noel y Cía. Sociedad Anónima s/ sumario"; "Lasala María Dolores c/ Mailing Club de Campo SA s/ ordinario", del 14 de octubre de 2009; de la sala C en los autos "Saiz Marta c/ Camper Sociedad Anónima s/

sumario" [804]; "Pisan Marcelo Oscar y otros c/ Maderera Futuro SA s/ ordinario", del 30 de agosto de 2012; "Mendonça Stella Maris y otros c/ Óptica Alemana SA s/ ordinario" del 26 de febrero de 2013; de la sala D del mismo tribunal en los autos "Castro Francisco c/ Alto de los Polvorines Sociedad Anónima s/ sumario" del 30 de junio de 1999; "Paz Rodríguez Jesús c/ Clínica Laferrere Sociedad Anónima s/ ordinario"; "Banco Comafi SA c/ Falabella y Corsi Inversora Sociedad de Bolsa y otro s/ ordinario", del 25 septiembre de 2008; "Álvarez Javier Alfredo c/ Kusel SA s/ ordinario" del 11 de mayo de 2011; "Michani Johanna Vanesa c/ Migueletes Park SA s/ Incidente de apelación" del 2 de junio de 2009; de la sala E en los autos "Dristel Sociedad Anónima c/ Alpasuma Sociedad Anónima s/ medida precautoria", "Comisión Nacional de Valores c/ Banco General de Negocios Sociedad Anónima" del 16 de agosto de 2007; "Gasulla Eduardo y otro c/ Alto de los Polvorines SA y otros s/ sumario" del 29 de julio de 2009; "Santa María Norberto Rosario c/ Colorin SA s/ ordinario" del 23 de mayo de 2013; de la sala F, en autos "Fundación Seranouch y Boghos Arzoumanian c/ B. Arzoumanian y Cía. s/ medidas cautelares, sobre incidente de apelación"; "Menéndez Vicente Adriano y otro c/ Alpargatas SAIC s/ medida precautoria", del 14 de diciembre de 2010; de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, del 20 de diciembre de 2007 en autos "Moguilewski Mario y otros c/ Cincam SA y otros s/ remoción de administradores y declaración de nulidad. Incidente del art. 250 del Código Procesal"; de la Cámara Civil y Comercial de Neuquén, en fallo caratulado "Marecos Víctor Luciano c/ Key Energy Services SA s/ acción de nulidad" y de la Inspección General de Justicia, en las resoluciones IGJ 715/2004, del 22 de junio de 2004 en el expediente "Macoser SA" y 340/2001 de fecha 7 de mayo de 2001, en el expediente "Papelmatic SA" y 1191/2003 del 29 de septiembre de 2003 en el expediente "Los Algodonales SA". Es anecdótico recordar que el primero de los fallos que admitió expresamente la procedencia de la acción de impugnación de decisiones del directorio se pronunció siendo Juez de Primera Instancia el Dr. Enrique Butty el día 4 de marzo de 1981 en los autos "Heeman Claudia y otros c/ Alsace Sociedad Anónima s/ medidas cautelares", que quedó firme.

En sentido contrario, el ya mencionado fallo de la sala A, en autos "Vistalba SA y otros c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ sumario"[805].

Los argumentos que niegan la posibilidad de impugnar los acuerdos del directorio se fundan, principalmente, en el silencio que al respecto contiene la ley 19.550, lo cual cerraría toda posibilidad a la discusión. En tal sentido se ha dicho que: "Del examen de la ley 19.550, en punto a nulidades de los órganos societarios, en forma alguna se autoriza básicamente a pedir nulidad de otros actos que los derivados de irregularidades en la constitución de la sociedad y las emergentes de las resoluciones asamblearias"[806].

Por otra parte, y en el mismo sentido, se ha sostenido que: "El remedio contra decisiones directoriales reputadas irregulares no consiste en utilizar la acción de impugnación, sino de utilizar el fecundo sistema responsabilizatorio creado por la ley 19.550"[807].

Disentimos de estos argumentos y adherimos —en un concepto general— a la doctrina mayoritaria sobre el particular, ya que las resoluciones del directorio

pueden ser impugnadas tanto por vicios de convocatoria o funcionamiento; por vicios de legitimación, capacidad o consentimiento de los directores que afecten el régimen de quórum o mayorías y —finalmente— por vicios del contenido de la resolución, ya porque se hayan adoptado acuerdos reservados a la asamblea de accionistas —cuya competencia es de orden público—, por ser aquellos violatorios de la ley, el estatuto o el reglamento, o por contener resoluciones contrarias al interés social o en abuso de determinadas mayorías o bien, finalmente, por corresponder a la ejecución de acuerdos asamblearios nulos.

Diferentes argumentos pueden darse en relación con la posibilidad de impugnar los acuerdos del órgano de administración lo cual —sin duda— nos llevará, indirectamente, a volver a analizar los supuestos mencionados en el comienzo del presente parágrafo.

1. La falta de previsión legal: Alegar como un elemento impeditivo para adherir a la tesis de la impugnabilidad, la falta de previsión legal al respecto, no aparece como elemento dirimente en la controversia. En efecto, hace ya muchos años que la doctrina mayoritaria de nuestro país ha aceptado la existencia de las denominadas nulidades implícitas o virtuales, conforme a la cual nuestro ordenamiento no rechaza esas otras nulidades no consagradas expresamente en forma legislativa. Así, y como lo resolvió la jurisprudencia en vigencia del Código Civil, la sanción de nulidad resulta establecida en forma expresa o implícita por dicho ordenamiento legal, conforme a la orientación del art. 18 de ese cuerpo legal, el cual determina la prohibición implícita correspondiente a cada prohibición legal afirmándose, como corolario de lo expuesto, que no es necesario exigir la sanción de nulidad cuando se encaran actos incompatibles con el ordenamiento jurídico rectamente interpretado, a punto tal que esos actos deben considerarse excluidos del amparo legal(808). Por otra parte, en los autos "Sichel Gerardo c/ Massuh Sociedad Anónima s/ sumario"(809), la Cámara Comercial de la Capital Federal, sala D, señaló, agudamente, que aquellos actos contrarios al derecho que no tienen en el ordenamiento una sanción específica, son reprobados con la aplicación de la sanción de nulificación.

2. La responsabilidad sustitutiva: A diferencia de lo apuntado por Verón(810), las acciones de responsabilidad previstas por los arts. 274 y ss. de la ley 19.550 no resultan suficientes ni sustitutivas, pues se trata —mediante la acción impugnatoria— de evitar en la medida de lo posible y sin afectar los intereses de terceros, la producción de daños al patrimonio de la sociedad, a través de la ejecución de un acto resuelto en infracción a expresas normas legales. La acción de responsabilidad tiene otro fin, pues presupone la existencia y el acaecimiento de daños que es siempre preferible evitar.

3. La caracterización del acto en sí: Recurriendo a los principios generales del derecho, cabe recordar que las decisiones del directorio no dejan de ser actos jurídicos, con lo cual no puede escaparse a la posibilidad que las mismas resulten válidas o inválidas, según reúnan los elementos de legitimación, capacidad y consentimiento de los directores, competencia del órgano, objeto, forma y causa(811), y por ello impugnables cuando el acto se encuentre viciado, por la aplicación del régimen de actos jurídicos en general.

4. La existencia de otros supuestos: Finalmente, en cuanto a nuestro régimen legal, si bien no se trata en el texto de la ley expresamente el supuesto de impugnabilidad de los actos del directorio, pueden encontrarse ejemplos de los cuales podría derivarse esta posibilidad. En tal sentido puede citarse el art. 271, que declara nulos los contratos celebrados por los directores con la sociedad que no reúnan los requisitos previstos en la norma, y no hayan sido aprobados por la asamblea de accionistas. En el mismo sentido, el art. 303 de la ley autoriza a la autoridad de contralor para solicitar al juez del domicilio de la sociedad competente en materia comercial la suspensión de las resoluciones de sus órganos, si las mismas fueran contrarias a la ley, el estatuto o el reglamento.

No cabe imaginar que la ley confiera un derecho para promover la suspensión de la resolución, sin conferir una acción impugnatoria, pues la medida cautelar por sí misma no tiene sustento, sin que vaya acompañada de una acción de fondo tendiente a resolver en forma definitiva la cuestión debatida.

6.3. Los límites a la impugnación de las decisiones del directorio

Sobre la base de lo expuesto, y admitiendo la posibilidad de impugnar los acuerdos del directorio, resulta necesario precisar algunas cuestiones, dada la índole de las funciones que cumple el directorio de una sociedad anónima.

El directorio es un órgano colegiado, deliberativo, que tiene a su cargo la administración de la sociedad (art. 255, LSC), y, como una consecuencia necesaria de ello, la implementación ejecutiva de las decisiones de la asamblea de accionistas, que les resultan obligatorias (art. 233, LSC), siempre y cuando ellas se encuentren ajustadas a la ley, el estatuto y el reglamento, y sean fundadas en el interés social lo cual constituye, por obviedad, el parámetro general de actuación de todos los órganos de la sociedad.

Como bien ha señalado Bendersky[812], la facultad de administración, a diferencia de lo que ocurre en el régimen civil, conlleva —por la propia naturaleza del acto de comercio— facultades dispositivas, que se traducen en la celebración de operaciones de compraventa, contratos de garantía y constitución de gravámenes sobre los bienes que integran el patrimonio social, entre otras.

Por otra parte, la facultad de administrar, a cargo del directorio, implica la representación social —la cual se encuentra a cargo exclusivamente del presidente del directorio, o del vicepresidente, en caso de imposibilidad de actuación de aquel— sin perjuicio, de la posibilidad de delegación (art. 268, LSC), en favor de uno o más directores; delegación que debe ser interpretada en sentido restrictivo, es decir, para ciertos y determinados tipos de actos.

Las diferencias apuntadas tienen especial relevancia en el tema que nos ocupa, pues una cosa es el ámbito interno —deliberativo y decisorio— en la actuación del directorio, y otra es la representación de la sociedad frente a terceros, en donde una declaración de nulidad puede afectar sus legítimos intereses. Ambas son funciones del directorio —aun cuando la segunda está limitada a la actuación del representante legal— pero no consideramos posible que esta última pueda ser objeto de cuestionamientos dentro del seno de la propia sociedad, salvo que

se pruebe la mala fe del tercero, conocedor de la irregularidad que viciaba el acto del directorio.

Debemos partir de la base de que lo que puede cuestionarse —por vía de la impugnación de nulidad de los actos del directorio— es la resolución adoptada luego del proceso deliberativo y formal que la ley 19.550 regula minuciosamente en los arts. 267 y ss., y no cada uno de los actos celebrados por la sociedad con terceros a través de quien tiene el carácter de representante legal de la misma y en cumplimiento de su objeto social(813), en razón de los siguientes argumentos:

a. La apariencia: Conforme al principio de la apariencia, la existencia y los alcances del acto celebrado por la sociedad con los terceros de buena fe deben ser juzgados sobre a base de su manifestación externa, de modo que esa configuración produzca convicción respecto de su regularidad y realidad(814). La jurisprudencia ha declarado, desde antiguo, la inoponibilidad de los conflictos internos que se producen en el seno de la sociedad, ya que —frente a los terceros— son válidas las actuaciones de quien o quienes se hallan en el desempeño de funciones, por así exigirlo la buena fe y la seguridad de los negocios(815).

b. La falta de retroacción: Debe tenerse en cuenta que, en materia societaria, la nulidad declarada nunca importa la retroacción de los efectos cumplidos, resultando inaplicables los arts. 390 del Código Civil y Comercial de la Nación. La declaración nulificatoria del acto societario, por su propia naturaleza, tiene efectos ex nunc(816)y, aun cuando la ley no ha sido categórica en este aspecto, a través de una solución específica, como hubiera sido deseable, ese cuerpo normativo nos brinda un ejemplo de lo expuesto en el art. 252 cuando, refiriéndose a la suspensión provisoria de la ejecución de acuerdos asamblearios prescribe, como uno de los requisitos de su procedencia, la inexistencia de perjuicios a terceros, lo cual se funda en la protección de los terceros de buena fe(817).

c. La atacabilidad: Finalmente, cabe recordar que los actos impugnables solo podrán serlo en orden a la legalidad de los mismos, y no en cuanto al mérito, conveniencia u oportunidad de su dictado, toda vez que desde este último punto de vista, las decisiones del directorio tienen carácter discrecional(818), no siendo susceptibles de impugnación sino solo de generar la responsabilidad correspondiente en los directores a la hora de rendir cuentas de su gestión frente a la asamblea general ordinaria, si los mismos encuadraran dentro de algún supuesto que escapara a la norma general de comportamiento dispuesta por el art. 59.

6.4. Algunos casos de admisión de la impugnación de decisiones de directorio por la jurisprudencia

A mero título de ejemplo, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha admitido la procedencia de la acción de nulidad de decisiones de directorio o a suspendido cautelarmente la ejecución de dichas decisiones, en los siguientes supuestos:

• Por vicios de incompetencia del órgano(819).

• Por vicios en la convocatoria a reunión de directorio[820].

• La no observación del quórum mínimo pasa sesionar[821].

• Cuando se invocó la realización de un acto que importaría un grave menoscabo del activo social, con transferencia eventual del paquete de control de terceras sociedades de notoria importancia en plaza, sin conformidad de la asamblea[822].

• La celebración de una reunión de directorio en una jurisdicción diferente de su domicilio social[823].

6.5. Legitimación activa para impugnar las decisiones del directorio

Es también un tema profundamente controvertido en nuestra doctrina el correspondiente a la determinación de quienes se encuentran legitimados para promover la impugnación de los acuerdos del directorio.

Lejos estamos de poder señalar coincidencias respecto de la legitimación del accionista.

Recordamos, siguiendo a Farina[824], que la ley 19.550 otorga al accionista, en forma expresa, la acción individual en caso de responsabilidad de un director (art. 279, LSC) y para impugnar una decisión asamblearia (art. 251, LSC); pero nada dice respecto de la impugnación de decisiones del directorio. Este silencio ha provocado algunas opiniones encontradas en el derecho comparado prevaleciendo en Italia una tendencia a negar a los accionistas el derecho a accionar individualmente contra las decisiones del consejo de administración, sobre la base analógica de nuestra legislación, ya que cuando el legislador ha querido conferir una acción individual al accionista lo ha previsto en forma expresa en el ordenamiento legal.

Los profesores Butty y Carvajal[825], si bien se han pronunciado por la posibilidad de declaración de nulidad de las decisiones del directorio, sostienen que tal declaración solo debería proceder de oficio por parte del juez cuando ella fuera absoluta, o peticionada por la autoridad de contralor, negando la posibilidad de impugnar ese acuerdo el accionista, a la sindicatura, a los directores disidentes o ausentes, y —por vía de subrogatoria— a los acreedores de los accionistas ya que, de admitirse esa posibilidad, el interés de la continuidad de la gestión impone la posibilidad de una sistemática contestación a la administración, que no sería admisible por comprometer la marcha de la gestión empresaria. En consecuencia —de acuerdo con esta postura— afectado en su interés legítimo, el director disidente o ausente y el síndico, deben ocurrir ante los órganos competentes de la sociedad, pero carecen de legitimación para impugnar —por sí— tales deliberaciones. Esto aparece como un contrasentido, en cierta forma, ya que si el juez puede de oficio invalidar, con cuanta más razón lo puede hacer a pedido de parte.

En una posición más amplia se ubica nuestra doctrina mayoritaria, quien otorga legitimación al accionista para impugnar decisiones del directorio por conjugarse,

en el caso, el interés del accionista, a legalidad y regularidad de la actuación de los órganos societarios y la defensa de los derechos individuales, cuando han sido vulnerados(826).

Sin embargo, aun dentro de este criterio amplio, las opiniones de nuestros autores difieren entre sí.

Zaldívar(827), por ejemplo, requiere que el accionista —para impugnar decisiones del directorio— deba tener concreto y legítimo interés, y haber agotado las instancias societarias, con lo cual coincide plenamente Otaegui(828). En este mismo sentido se pronunció la sala B de la Cámara Comercial de la Capital Federal en el caso "Haimovici Claudio Jorge c/ Casa Rubio Sociedad Anónima" del 11 de mayo de 2000.

Halperin, por su parte, diferencia entre aquellos supuestos donde haya sido afectado el interés social o el interés particular del accionista(829). Para el primer supuesto requiere el agotamiento de las vías societarias(830), lo cual no sería requerible para el segundo supuesto.

Farina(831), finalmente, adhiere al criterio amplio que admite la legitimación del accionista para impugnar las decisiones y deliberaciones del directorio, dentro de las pautas con que puede solicitar la remoción del directorio (art. 114, LSC). La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, al tratarse el caso "Saiz Marta L. c/ Camper Sociedad Anónima s/ sumario"(832)si bien admitió la legitimación del accionista, exigió necesariamente al impugnante llevar a pronunciamiento de la asamblea la pretendida nulidad.

Resultan evidentes las dificultades que el tema presenta debido —fundamentalmente— a la falta de previsión legal específica pero, admitida la posibilidad de impugnar las decisiones del directorio, la legitimación del accionista resulta incuestionable. Ningún sentido tendría que el legislador le haya otorgado el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el directorio o uno o más directores, si no se admite la posibilidad de impugnar las resoluciones que determinen esa responsabilidad, para evitar la consumación de un daño en el patrimonio social.

Este argumento también es dirimente para enervar las razones expuestas por Butty y Carvajal(833)quienes niegan esa legitimación fundados en la necesidad de preservar la gestión de la sociedad, a cargo del directorio, pues el accionista, individualmente considerado, tiene el derecho y la obligación de exigir, de cualquiera de los órganos sociales, el estricto cumplimiento de la ley, el estatuto y el reglamento, y ello tanto es así que la doctrina ha calificado la acción de impugnación de asamblea, aun cuando la misma haya sido promovida por un accionista, como acción social en el sentido que tutelando su interés personal, a los efectos del cuestionamiento de la sociedad en la cual se encuentra interesado, ejerce su poder de vigilancia que resulta en beneficio de la persona jurídica(834).

Cuestión diferente es la referida al agotamiento de las vías societarias, que la doctrina mayoritaria exige cumplir con carácter previo a llevar el conflicto a sede

judicial y que, aunque en principio parece razonable exigir —ya que el desenvolvimiento de los órganos societarios exige que esos conflictos sean resueltos dentro de la propia estructura societaria—, existen algunas dificultades vinculadas con el particular.

La primera dificultad radica en que el agotamiento de las vías societarias, traducida en la convocatoria a asamblea (art. 236, LSC) y en la denuncia a la sindicatura (art. 294, inc. 11, LSC), no siempre satisface las expectativas puestas a los fines de evitar la ejecución de las decisiones atacadas de nulidad, toda vez que es razonable pensar —por ser ello consecuente con el devenir habitual del curso de los acontecimientos— que, salvo excepciones, la ejecución de los acuerdos sociales es inmediata a la adopción de las decisiones, y la demora que implica el conocimiento de la asamblea de la ilegitimidad de los acuerdos del órgano de administración —directorio— conspira contra la eventualidad de que el órgano de gobierno —asamblea— revoque aquel acuerdo o coincida sobre su invalidez.

Basta recordar, sobre el particular, que el art. 236 de la ley 19.550 establece un plazo de cuarenta días contados a partir de la solicitud de la convocatoria para que el directorio o la sindicatura cumplan con esa obligación y que, además, se requiere que el accionista —frente a la omisión del directorio o de la sindicatura en hacerlo— sea titular del cinco por ciento del capital social, para advertir las dificultades que puede presentar el ejercicio de un derecho que resulta imprescindible ser ejercido con toda celeridad.

Parecería más adecuado que, frente a un acuerdo inválido del directorio, se recurriera a la hipótesis prevista por el art. 294, inc. 11, LSC, que obliga a la sindicatura a convocar de inmediato a asamblea de accionistas para que resuelva a la brevedad sobre la invalidez denunciada, resultando innecesario requerir el porcentaje accionario establecido y el previo conocimiento del directorio —como lo manda el art. 294, inc. 11— pues ha sido una actuación de este órgano la que ha generado la denuncia de invalidez.

En una primera aproximación, entonces, y frente a la omisión de la sindicatura en cumplir el procedimiento previsto por la norma mencionada (art. 294, inc. 11, LSC), el accionista quedaría habilitado para demandar judicialmente la invalidez de las resoluciones del directorio, cuando la urgencia en evitar su cumplimiento sea incompatible con las demoras que ocasiona —por prescripción legal— la convocatoria a asamblea. Igual temperamento cabría adoptar cuando la sociedad no cuente con sindicatura, de conformidad a lo prescripto por el art. 284, último párrafo de la ley 19.550.

Sin embargo, puede ahondarse aún más en la problemática si nos llegamos a cuestionar si tiene sentido una actividad societaria tendiente a la invalidez —lo cual se relaciona con la procedencia del agotamiento de las vías societarias—.

En efecto; no debe olvidarse que en la medida en que nos estamos refiriendo a validez e invalidez de actos jurídicos, es decir, al régimen de nulidad, cabe señalarse que —en nuestro derecho positivo— no son los particulares ni los

órganos societarios quienes tienen la facultad de establecer si un acto es válido o inválido, sino el órgano jurisdiccional.

En tal sentido, parecería una futilidad el agotamiento de las vías societarias tendiente a la declaración de nulidad, ya que dicha declaración no podría válidamente obtenerse por parte del órgano de gobierno de la sociedad.

Por otra parte, tampoco cabe hablar aquí de revocación por parte de la asamblea de los actos del directorio, ya que la competencia y el ámbito de actuación de ambos órganos es absolutamente diferente en el sistema de la ley 19.550, cuyas normas dispositivas no han otorgado —en exclusividad— a un solo órgano la tutela del interés social, sino que ha establecido un sistema integrativo al respecto, a punto tal que la jurisprudencia ha manifestado que el vicio de incompetencia del órgano motiva una nulidad absoluta, inconfirmable e imprescriptible(835).

Con ello se reforzaría la tesis de la innecesariedad de agotar las vías previas tendientes a obtener una declaración de nulidad o de directa revocación del acto.

El único sentido de exigir la tramitación de las vías previas estará dado por otorgar la posibilidad a la asamblea de instruir al directorio respecto de que este revoque la resolución tomada, pues siendo obligatorio para el órgano de administración el cumplimiento de las resoluciones asamblearias, no podría negarse a ello y por otra parte, la asamblea también estaría facultada a remover ad nutum a los integrantes del directorio y, mediante la designación de nuevos directores, hacer cumplir sus decisiones.

En lo que se refiere a la legitimación de la sindicatura y de los directores disidentes o ausentes, no existen dificultades para pronunciarnos sobre su admisibilidad, aunque disentimos de Halperin(836)en cuanto exige al director impugnante justificar —en caso de ausencia— su inasistencia a la reunión de directorio en la cual se hubiera aprobado el acuerdo cuestionado, ya que el directorio ha comprometido su responsabilidad inmediata, sin perjuicio de investigar su actitud posterior en orden a lo establecido como eximente por el art. 274, como tampoco consideramos que las razones que pudo tener el director para no concurrir al acuerdo deba ser objeto de análisis para enervar un acto que implica, por definición, la defensa de los intereses sociales.

Otro tema que ha merecido la atención de nuestra doctrina es la posibilidad de la asamblea de impugnar judicialmente una decisión del directorio —que Halperin acepta expresamente—. Por nuestra parte consideramos dicha hipótesis como poco probable en la práctica toda vez que, presentado el caso, la asamblea podría instruir al directorio para la modificación del acuerdo, remover a los directores y designar nuevos que modifiquen dicho acuerdo o lo dejen sin efecto. La inexistencia de precedentes jurisprudenciales al respecto, confirman lo poco probable de la hipótesis analizada.

De conformidad a las disposiciones del art. 303 de la ley 19.550 el órgano de contralor también podría llevar adelante la impugnación, pues no puede

sostenerse que la ley le haya otorgado la posibilidad de solicitar la suspensión de los actos —cautelarmente— sin otorgarle una acción de fondo que justifique la promoción de dicha medida.

En cuanto a la legitimación pasiva, no caben dudas de que la acción debe dirigirse contra la sociedad, pues el acuerdo atacado proviene de un acto llevado a cabo por un órgano natural de la sociedad, y sobre la cual recaerán las consecuencias derivadas de tal decisión(837).

Sin perjuicio de ello, y por aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 254 de la ley 19.550 los sujetos legitimados para impugnar los acuerdos del directorio pueden acumular a esa demanda la de responsabilidad de los directores que hayan votado la decisión inválida, siempre y cuando ese acuerdo haya sido ejecutado o se hayan derivado —de esa ejecución— daños al patrimonio de la sociedad.

6.6. Cuestiones de procedimiento y prescripción de las acciones impugnatorias

En este aspecto, nuevamente se encuentran las mismas dificultades que existen al tratar el tema principal del análisis; la falta de prescripciones legales específicas, lo cual obliga a una cuidadosa labor de interpretación.

En principio no formularíamos reparos para extender, a la impugnación de acuerdos del directorio, las soluciones que los arts. 251 y 254, LSC, establecen para el procedimiento de impugnación de decisiones asamblearias, las cuales deben aplicarse por analogía, en lo que resulten compatibles(838).

Así resultarían aplicables la suspensión de la ejecución de la decisión atacada (art. 252, LSC)(839)sujeta a los requisitos de admisibilidad que esa norma prevés(840); la posibilidad de revocación del acuerdo impugnado por el mismo directorio (art. 254, párrafo 2º), y la responsabilidad de los directores y síndicos por los perjuicios ocasionados por la ejecución de las decisiones declaradas inválidas (art. 254, párrafo 1º).

Mayor dificultad presenta coincidir con el plazo con que cuentan los sujetos legitimados para promover la demanda de nulidad de las decisiones del directorio, pues resulta tema discutible la posibilidad de aplicar por analogía el término previsto por el art. 251 para demandar la nulidad de las decisiones asamblearias, que el legislador ha fijado en tres meses desde la clausura del acto(841).

No obstante la omisión de regulación específica, no parece prudente sostener que el silencio de la ley 19.550 autorice, lisa y llanamente, a la aplicación del art. 2563 del Código Civil y Comercial de la Nación, que impone el plazo de dos años para la prescripción de la acción de la declaración de nulidad relativa de los actos jurídicos.

Entre las razones para adoptar esta postura pueden señalarse:

1. La finalidad del instituto: La finalidad del legislador, al imponer un breve plazo para la promoción de las acciones impugnatorias de acuerdos sociales, responde a la necesidad de dar seguridad a las decisiones que se vinculan con la estabilidad de un sujeto de derecho. En consecuencia, resultaría incongruente aplicar el plazo de tres meses previsto por el art. 251, LSC, a la impugnación de acuerdos asamblearios, y el de tres años a la impugnación de acuerdos del directorio, máxime cuando estos, a diferencia de aquellos, deben presumirse de ejecución inmediata.

2. La aplicación analógica: La aplicación analógica de los plazos breves de prescripción ha sido admitida por nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, cuando contemplan situaciones similares y militan idénticas razones que las que motivaron el establecimiento de la "excepción-regla".

Esa solución ha sido admitida por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en autos "Barbosa, A. c/ Damonte, G."[842]fundándose en lo expuesto por prestigiosos autores, habiendo sostenido el tribunal, en esa oportunidad, que no es exacto que, por tratarse de una prescripción corta, que desplaza la vigencia del principio general, deba ser aquella aplicada restrictivamente. La regla hermenéutica —sostiene el tribunal— según la cual "exceptio es strictisimae interpretationis se encuentra en quiebra con el derecho contemporáneo, en tanto no responde a una necesidad lógica ni contempla, adecuadamente, aplicada en su rigorismo extremo, los valores en juego, de los cuales no puede desentenderse el intérprete".

Fornieles lo demostró en nuestro país mediante un ensayo que se ha hecho clásicos[843], al mencionar que hay excepciones que lo son respecto a la regla de que se separan, pero que a su vez constituyen una regla dentro del campo en que funcionan. Tal es lo que acontece con las prescripciones breves que contemplan situaciones generales susceptibles de aplicación extensiva, cuando militan idénticas razones de las que motivaron el establecimiento de la excepción-regla[844].

Aclarado este punto, solo resta resolver otra dificultad no menos importante, cual es la de establecer el comienzo del cómputo del plazo de prescripción correspondiente. A diferencia de lo que ocurre con lo prescripto por el art. 251, LSC, fija una fecha concreta y única para el curso del plazo de prescripción de la acción judicial allí autorizada, no ocurre lo mismo con los actos del directorio, en los cuales los accionistas no participan, y ni siquiera son anoticiados regularmente de la celebración del acto. Por ello corresponde efectuar las siguientes diferencias:

I) Los accionistas. En cuanto a los accionistas, el plazo de tres meses de prescripción de las acciones emergentes de la adopción, por parte del directorio, de resoluciones inválidas, debe ser computado desde la fecha en la cual los mismos tomaron conocimiento del acto atacado, lo cual es congruente con el principio general que, en materia de prescripción, han establecido nuestra doctrina y jurisprudencia, conforme al cual el plazo de prescripción comienza a correr desde el momento en que el titular del derecho es remiso en su ejercicio.

II) Los directores y el síndico. Coherentemente, para los directores ausentes o disidentes, así como para los síndicos y consejeros de vigilancia, dicho plazo debe computarse desde la clausura de la reunión del directorio, salvo que ellos no hayan sido citados a la misma y desconozcan su celebración. Ello se explica suficientemente —para los disidentes y también para los ausentes—, toda vez que la diligencia que se supone deben observar en el cumplimiento de las funciones asumidas, les impone una inmediata actuación y consecuente examen de las decisiones adoptadas sin su presencia.

6.7. Confirmación de las decisiones del directorio invalidas

A pesar de que vulgarmente se habla de "ratificación" de actos del directorio, debe aclararse que, jurídicamente, no se trata de un supuesto de "ratificación", hipótesis inconcebible para la actuación de un mismo sujeto de derecho, sino de confirmación de actos jurídicos, nada obsta a que los actos del directorio nulos puedan ser nuevamente adoptado por una posterior reunión de este mismo órgano, rigiendo al respecto lo dispuesto por el art. 254 in fine de la ley 19.550, en cuanto a las consecuencias que pudo producir el acto nulo, luego confirmado.

Un supuesto diferente lo constituye la posibilidad de una asamblea accionistas de confirmar una reunión de directorio o una decisión de dicho órgano adoptada con vicios. Al respecto, si bien hemos ya manifestado que si bien la asamblea de accionistas no puede inmiscuirse en la competencia que la ley 19.550 otorgó al directorio, así como este órgano tampoco puede adoptar acuerdos reservados a las asambleas, puede suceder que el acuerdo adoptado por el órgano de administración haya excedido notoriamente las facultades de administración que le otorgó el art. 255 de la ley 19.550, en cuyo caso nada obsta a que la asamblea vuelva a tocar el tema, dejando sin efecto lo resuelto por el directorio y haciendo suya la decisión adoptada por éste.

La jurisprudencia aceptó esta posibilidad, con el argumento —que se comparte— de que los actos del directorio en exceso pueden ser ratificados por la asamblea, porque en definitiva, es el órgano supremo de la sociedad el que decide hacer suyos los actos efectuados por el directorio, fuera del marco de sus facultades(845), pero ello solo será posible, por obviedad, esas actuaciones no hayan violado la ley o el estatuto.

6.8. Efectos de la declaración judicial de nulidad de una decisión del directorio

La declaración de nulidad de una decisión del directorio impedirá las proyecciones externas de la resolución impugnada, pero frente a terceros, cuando el acto impugnado ha sido ya ejecutado por el directorio, carecerá de todo efecto, salvo fraude o que el acto cumplido sea notoriamente extraño al objeto social(846).

Art. 261.—

Remuneración. El estatuto podrá establecer la remuneración del directorio y del consejo de vigilancia; en su defecto, la fijará la asamblea o el consejo de vigilancia, en su caso.

El monto máximo de las retribuciones que por todo concepto puedan percibir los miembros del directorio y del consejo de vigilancia, en su caso, incluidos sueldos y otras remuneraciones por el desempeño de funciones técnico-administrativas de carácter permanente, no podrá exceder del 25% de las ganancias.

Dicho monto máximo se limitará al 5% cuando no se distribuyan dividendos a los accionistas, y se incrementará proporcionalmente a la distribución, hasta alcanzar aquel límite cuando se reparta el total de las ganancias. A los fines de la aplicación de esta disposición, no se tendrá en cuenta la reducción en la distribución de dividendos, resultante de deducir las retribuciones del directorio y del consejo de vigilancia.

Cuando el ejercicio de comisiones especiales o de funciones técnico-administrativas por parte de uno o más directores, frente a lo reducido o inexistencia de ganancias imponga la necesidad de exceder los límites prefijados, solo podrán hacerse efectivas tales remuneraciones en exceso, si fuesen expresamente acordadas por la asamblea de accionistas, a cuyo efecto deberá incluirse el asunto como uno de los puntos del orden del día.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 11, 234, 246, 280, 281 inc. d); Com. Nac. Val.: Resolución general de Justicia 7/2015, art. 118. LSC Uruguay: art. 385.

§ 1. Objetivos del sistema remuneratorio previsto por el art. 261 de la ley 19.550

Este artículo establece una serie de normas imperativas en materia de remuneración de los directores, las cuales son aplicables a todos los administradores de sociedades comerciales, pues el fundamento de las limitaciones remuneratorias previstas en aquella norma valen para todos los tipos societarios.

La norma del art. 261 de la ley 19.550 tiene dos objetivos concretos: Someter a los directores al riesgo empresario y proteger el derecho al dividendo del accionista y evitar que las ganancias del ejercicio pasen exclusivamente a manos de los directores, lo cual ha sido un supuesto muy corriente con anterioridad a la sanción de la ley 19.550. Se trata de evitar la existencia de directores ricos con accionistas pobres, lo cual importa, en puridad, una subversión de valores, inadmisible con el concepto mismo de sociedad.

El legislador ha pretendido, con la norma en análisis, balancear la importante función que el directorio cumple y el correspondiente derecho de sus integrantes de percibir una justa remuneración, con la posibilidad de la percepción de dividendos por los accionistas, que constituye un derecho esencial de los mismos (arts. 1º, 11, 68 y 224 de la ley 19.550)[847], habiendo resuelto la jurisprudencia, con toda lógica, que en materia de remuneración de los directores, nos hallamos dentro de un campo íntimamente vinculado a los riesgos empresarios, a la defensa del interés social y al principio de la participación en las ganancias y soportación de las pérdidas que afectan a los socios[848].

Precisamente, el mecanismo previsto por el art. 261 de la ley 19.550 consiste en premiar a los directores con un porcentaje de las ganancias del ejercicio, que será mayor en la medida que esas ganancias se distribuyan entre los accionistas, en dinero efectivo. Para ello, se ha establecido un tope mínimo del cinco por ciento de las ganancias, si no se distribuye dividendo alguno, incrementándose ese techo hasta llegar al veinticinco por ciento de las ganancias, en proporción a las utilidades distribuidas, límite que como veremos, solo puede superarse mediante la concurrencia de determinados y precisos requisitos, de orden formal y sustancial que prevé el último párrafo de dicha norma.

Si el ejercicio no ha arrojado ganancias sino pérdidas, los directores carecen del derecho de percibir su retribución, salvo que se encuentren reunidos todos los requisitos previstos por el último párrafo del art. 261 de la ley 19.550, y ello es congruente con la filosofía que inspira el sistema remuneratorio previsto por esta norma, toda vez que, como ha sido explicado, los honorarios de los directores no son la contrapartida de la función cumplida sino el resultado de dicha gestión. De manera tal que si el ejercicio arrojó pérdidas o quebrantos, los directores que han percibido remuneraciones a cuenta durante el mismo, deben reintegrar a la sociedad la totalidad de lo percibido[849].

En tal sentido, ha sido resuelto, con fundamentos que no pueden ser sino compartidos, que si bien el sistema previsto por el art. 261 de la ley 19.550 puede traer serias consecuencias al director de una sociedad que no obtenga ganancias, ese riesgo fue voluntariamente asumido por el director que aceptó el cargo, sin que pueda perderse de vista que en caso de obtenerse pingues ganancias, el director participaría de ellos en la medida establecida por la ley[850].

§ 2. Determinación de los honorarios de los directores

El art. 261 de la ley 19.550 prevé dos procedimientos para la determinación de los honorarios de los directores:

1. Por vía estatutaria, lo cual constituye un supuesto de muy infrecuente aplicación, y que consiste en la fijación, por el estatuto, de un monto determinado

o de un sistema de porcentajes sobre las ganancias del ejercicio, discriminando las funciones cumplidas por cada uno de los directores, como por ejemplo, su asistencia a las reuniones de directorio[851].

2. A falta de cláusula estatutaria, la ley delega en la asamblea de accionistas o en el consejo de vigilancia su fijación, en los términos de los arts. 234, inc. 2º y 281, inc. d), LSC, pero para que este último supuesto sea de aplicación, resulta necesaria una cláusula estatutaria expresa.

La clara prescripción del art. 261 de la ley 19.550 descarta la gratuidad del cargo de director, que en materia comercial no puede ser presumida[852]. La redacción del párrafo primero del artículo en análisis no deja lugar a dudas al respecto, siguiendo en ese aspecto la orientación del art. 341 del derogado Código de Comercio. En consecuencia, si los directores renuncian a su remuneración por la labor desarrollada durante un determinado ejercicio o durante todo el tiempo de su gestión, deben dejarlo expresamente aclarado en cada asamblea ordinaria que considere su remuneración, o al aceptar el cargo, por aplicación de lo dispuesto por el art. 946 del Código Civil y Comercial, cuya aplicación se torna aún más rigurosa en la materia que se analiza.

Diferente es, sin embargo, el caso de que el estatuto haya impuesto la gratuidad, o que la asamblea así lo resolviere al designar a los administradores, pues frente a estas hipótesis, los directores son libres de aceptar en tales condiciones. Pero debe quedar en claro que esa facultad de la asamblea solo puede ser ejercida al designar a los administradores, pero no la finalizar el ejercicio en el cual el director haya cumplido su actuación o al cesar este en su desempeño, pues tal resolución carecería de todo valor, con derecho del director afectado de promover las acciones judiciales correspondientes a los fines de la determinación de sus honorarios.

Si bien la ley prevé algunos supuestos de determinación de los honorarios de los directores, como la fijación estatutaria de los mismos o de las pautas necesarias para determinarlos, o su determinación por el consejo de vigilancia, lo cierto es que estos procedimientos no tienen la menor recepción en nuestra práctica societaria, que demuestra que siempre se delega en la asamblea ordinaria de accionistas la determinación de los mismos (art. 234 inc. 2º de la ley 19.550), en cuyo seno quienes participan en la misma procederán a fijar dichos honorarios, que deben guardar relación y coherencia con la gestión efectuada, debiendo tenerse presente que los directores que revisten además el carácter de accionistas, no pueden emitir su voto en este tema, por tener evidente interés contrario con el de la sociedad (art. 248 de la ley 19.550).

Puede suceder, y de hecho sucede con frecuencia, que la asamblea ordinaria de accionistas, luego de aprobar los estados contables del ejercicio y sus resultados, omita pronunciarse sobre el particular. Ante ello, el director cuya remuneración ha sido omitida podrá requerir en el seno del directorio la convocatoria a una nueva asamblea a los fines de tratar este tema, o recurrir a la autoridad de control para que lo haga, y si nada puede lograr en forma extrajudicial, aquel se encuentra facultado para iniciar las acciones judiciales tendientes a lograr la fijación de su remuneración[853].

La determinación de los honorarios de los directores por parte de la asamblea de accionistas, debe, dentro de los parámetros establecidos por el art. 261 de la ley 19.550 guardar relación y coherencia con la gestión efectuada, contraprestando razonablemente la labor desarrollada por aquellos. En caso contrario, el director afectado por la fijación de sus honorarios, podrá promover una demanda judicial, a los fines de la determinación de los mismos, sin que resulte necesario ajustar su demanda a los términos del art. 251, LSC, habida cuenta la ajenidad del interés social en aquella acción, en la cual solamente estará en juego los intereses de los directores afectados por una decisión social que remunerará insuficientemente a los mismos. Ello descarta aquella interpretación que considera que la omisión del director en formular reservas u omitir reclamar su remuneración en el seno de la asamblea que aprobó los estados contables, pueda ser interpretado como una manifestación inequívoca de renunciar a su derecho de percibirla, atento que, como lo dispone el art. 874 de la ley 19.550, la intención de renunciar a los derechos no se presume.

El derecho de los directores a la determinación y percepción de su retribución no puede estar restringido o cercenado por la existencia de una investigación penal donde se investiga su actuación como tal, pues como ha dicho la jurisprudencia, se trata de dos cosas distintas: el eventual accionar doloso del director debe ventilarse en el correspondiente juicio penal o bien en el respectivo juicio de responsabilidad a que hubiere lugar, y ello es independiente de su derecho de retribución[854]y del mismo modo, tampoco prejuzga contra el reclamo del director, que pretende percibir de la sociedad su remuneración por sus funciones como tal, el hecho de que antes hubiera promovido otra demanda en sede laboral por cobro de remuneraciones e indemnizaciones contra la misma sociedad[855], pues nada obsta a que un director revista el carácter de dependiente o empleado de la sociedad, cuando la condición de director del actor no fue cuestionado por la sociedad deudora de tales honorarios.

La resolución asamblearia que resuelve fijar los honorarios de los directores, de conformidad con lo dispuesto por el art. 234 inc. 2º de la ley 19.550, puede ser global, para todos los directores, o discriminar el monto de cada uno de ellos, siendo el primero de esos casos, el que más se presenta en nuestra práctica societaria. En este caso, la jurisprudencia ha entendido, con todo fundamento, que, como principio, la remuneración fijada globalmente por la asamblea para el directorio y la sindicatura, sin aclarar las razones o trabajos especiales que pudieran justificar una desigualdad, debe distribuirse igualitariamente entre los beneficiarios[856], solución que se justifica en la igualdad de rango entre los miembros del directorio[857].

Ello no significa que la asamblea no pueda aclarar o explicar que la suma asignada a los directores en concepto de remuneración, pueda ser distribuida entre ellos en forma desigual, pero tal diferencia no puede basarse solamente en razón del cargo que invisten[858], asignando mayor retribución al presidente y al vicepresidente de la sociedad, sino que debe justificarse esa discriminación en la realización, por los directores favorecidos, de determinadas tareas, que han excedido las funciones ordinarias de administración. Cualquier director podrá impugnar la decisión asamblearia que estableció diferentes remuneraciones entre los miembros del directorio, cuando estimare que las razones que justifican

esas diferencias no se ajustan a la realidad o cuando estimaren que con ello se persiguen fines extrasocietarios, como por ejemplo, desalentar la labor de los directores que no fueron elegidos por el grupo de control.

§ 3. Naturaleza de las prescripciones del art. 261 de la ley 19.550. Imperatividad

Es materia de discusión la naturaleza de la norma del art. 261 de la ley 19.550. Para una corriente de opinión, plasmada fundamentalmente en la sentencia dictada por la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en los autos "Sporetti Nazareno c/ F. González e Hijos Comercial e Industrial Sociedad Anónima" del 5 de octubre de 1979, el art. 261 de la ley 19.550 es una norma dispositiva pero no imperativa o taxativa, no revistiendo el carácter de orden público, porque aún estableciendo pautas precisas destinadas a la protección de los accionistas, no se afecta con su violación dicho orden o las buenas costumbres, debiendo recordarse que el orden público tiene su origen en principios fundamentales de nuestra organización social.

Participo, por el contrario, de la opinión contraria, pues el sistema previsto por la ley 19.550 en torno a la remuneración de los directores se encuentra en íntima vinculación con el de los riesgos empresarios, la defensa del interés social y el derecho inderogable de los socios de participar en los beneficios obtenidos por la sociedad. Esta parece ser la interpretación que más se compadece con la filosofía del legislador, cuando en el art. 261 de la ley 19.550 ha previsto diversos límites a las remuneraciones que, "por todo concepto" pueden percibir los directores de las sociedades anónimas. Así lo entendió la Dra. Alejandra Gils Carbó, como Fiscal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, cuando sostuvo que los límites establecidos por dicha norma son de carácter imperativo, habiendo sido establecidos por el legislador en defensa del derecho al dividendo, pretendiendo balancear la importante función que el director cumple y su correspondiente derecho a la retribución, con la posibilidad de la percepción de dividendos por los accionistas, como un derecho esencial de los mismos[859].

§ 4. Límites a la remuneración de los directores

El párrafo segundo del art. 261 de la ley 19.550 establece un límite máximo en materia de remuneración de los directores que por todo concepto pueden percibir los miembros del directorio y consejo de vigilancia", monto que incluye "sueldos y otras remuneraciones por el desempeño de funciones técnico-administrativas

de carácter permanente", el cual no puede exceder el veinticinco por ciento de las ganancias del ejercicio.

El límite rige tanto en los supuestos de determinación de la remuneración de los directores por vía estatutaria —que no puede estar en contradicción con lo dispuesto por el art. 261—, como en los casos en que esté aquella determinada por la decisión mayoritaria de accionistas, pero no cuando la misma ha sido fijada por el consejo de vigilancia, supuesto este que parece reservarse para la eventualidad de que este órgano designe a los administradores (art. 281, inc. d, LSC), en cuyo caso la remuneración será fija, es decir, libre de los avatares del giro de los negocios.

Para evitar la violación de lo dispuesto por el art. 261 de la ley 19.550 el legislador ha incluido dentro de la norma, a los sueldos y otras remuneraciones percibidas por los directores por el desempeño de funciones técnico administrativas de carácter permanente, lo cual nos lleva al problema de aquellos directores que, además de cumplir las funciones que tal cargo implica, se encuentran empleados en la sociedad bajo relación de dependencia, y que han percibido, durante el ejercicio, las remuneraciones correspondientes a su empleo.

Se ha sostenido, frente a tal circunstancia que "el porcentaje del 25% establecido para la retribución de los directores, incluye los sueldos y demás remuneraciones especiales que se hubieran acordado a los directores, en razón del ejercicio, por parte de estos, de comisiones o funciones técnico administrativas, pero ello no significa que su reducción sea obligatoria si dichas remuneraciones superan el 25% de las utilidades, pues tal forma de retribución es demostrativa del correlativo desempeño de tareas amparadas y protegidas por el derecho laboral, que, como es bien sabido, prohíbe que se reduzcan las remuneraciones"[(860)].

El argumento es, a nuestro juicio, equivocado, pues contradice el fundamento mismo del art. 261, de indudable contenido ético, que vincula a la remuneración de los administradores con el resultado del ejercicio económico de la sociedad, al cual no son, por supuesto, ajenos. Las remuneraciones a los directores en exceso del tope legal, aun cuando las mismas hayan sido abonadas durante el ejercicio, en concepto de sueldos, nada cambia, pues la restricción establecida por el art. 261 de la ley 19.550, tiende a impedir una merma excesiva en los dividendos de los accionistas, que solo afectan, obvio es señalarlo, a quienes ninguna representación tienen en el directorio.

Por otra parte, la referencia que hace el párrafo segundo del art. 261 LSC a "los sueldos y otras remuneraciones", dentro del monto máximo establecido por aquella norma, descarta toda pretensión de dar preeminencia a los principios generales del derecho laboral sobre la específica reglamentación de las retribuciones de los directores.

Como bien se sostuvo en otros precedentes jurisprudenciales, que pueden calificarse como mayoritarios en este tema[(861)], aun admitiendo la relación laboral de los directores, la circunstancia de que los mismos sean también empleados de la sociedad, ello no obsta a la aplicación específica de lo dispuesto por el art. 261, LSC, el cual, al incluir los sueldos percibidos por los directores, cabe

entender que si un empleado de la sociedad acumula a su relación laboral la función de director, queda regido en sus retribuciones por la limitación específicamente societaria de la norma antes citada, que tiende a tutelar el interés social por encima del interés de los directores empleados, que no pueden invocar el régimen general de la Ley de Contrato de Trabajo para eludir la aplicación de aquella regla de limitación de remuneraciones, justificada por su finalidad estrictamente societaria".

Con otras palabras, y siguiendo la doctrina de los fallos aludidos, si el empleado de la sociedad es también director, su retribución laboral queda condicionada por la norma del art. 261 de la ley 19.550, rectora de la función orgánica que el mismo aceptó en la sociedad. Al aceptar pues ese cargo de director, o de empleado, siendo ya director, naturalmente pudo y debió ponderar las limitaciones del art. 261 a fin de ajustar sus remuneraciones a esta norma que, según es dable reiterar, resulta de aplicación específica e insusceptible de ser desvirtuada en su eficacia por el régimen laboral aplicable a la relación de empleo del director, aun cuando siempre queda a salvo la retribución en exceso por virtud del último párrafo del art. 261.

Esta ha sido la orientación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al sostener que la decisión de la asamblea de accionistas, que establece los honorarios de los directores y síndicos, por sus específicas funciones de tales, como participación en las utilidades líquidas y realizadas de la sociedad, no tiene, en las prácticas y técnicas contables —no desconocidas ni rechazadas por el legislador de manera expresa—, el efecto de hacer jugar retroactivamente a tales estipendios como un gasto que influya en la cuenta de resultados del balance sometido a aprobación, o como un pasivo en el estado patrimonial de ese balance"[862].

§ 5. La utilidad computable a los fines del art. 261 de la ley 19.550

El párrafo tercero del art. 261 establece que el monto máximo del veinticinco por ciento de las ganancias del ejercicio, se limitará al cinco por ciento de las mismas, cuando no se distribuyan dividendos, y se incrementará proporcionalmente a la distribución, hasta alcanzar aquel límite, cuando se reparta la totalidad de las mismas. A tal efecto, y a fin de evitar interpretaciones que distorsionen el sentido de la norma, el legislador ha prescripto expresamente que, en lo que hace a la aplicación del artículo, no se tendrá en cuenta la reducción de la distribución de los dividendos resultantes de deducir las retribuciones del directorio y del consejo de vigilancia.

¿Cuál es entonces la utilidad computable en relación con la aplicación del art. 261 de la ley 19.550?

La resolución general 50 de la Comisión Nacional de Valores, de aplicación incluso para las sociedades anónimas cerradas, ha aclarado el panorama, definiendo como tal: "La utilidad final del ejercicio, neta de impuestos, reserva legal y demás reservas obligatorias afectadas al cuadro de resultados, más los importes por retribución a los directores afectados al cuadro de resultados".

En consecuencia, si la asamblea decide distribuir la totalidad de las ganancias entre los accionistas, los administradores y consejeros de vigilancia pueden ser remunerados en conjunto con el veinticinco por ciento de las ganancias, pero ese tope se limitará al cinco por ciento cuando no se distribuyan dividendos, incrementándose proporcionalmente a la distribución, hasta alcanzar aquel tope, cuando se reparta el total de las ganancias. En el caso de que los accionistas decidan afectar una parte de las utilidades del ejercicio a la formación de una reserva facultativa, esa detracción debe computarse para reducir proporcionalmente la remuneración de los administradores. Al efecto, la aludida resolución general 50 de la Comisión Nacional de Valores tiene establecida una escala que permite correlacionar las utilidades computables y la remuneración debida de los administradores.

¿La capitalización de utilidades y su entrega en acciones a los accionistas disminuye la remuneración de los administradores?

La Comisión Nacional de Valores se inclina en sentido negativo, incluyendo en la referida resolución, como dividendo computable la distribución de utilidades del ejercicio, en efectivo o en acciones a los tenedores de acciones, cualquiera sea su clase.

Por mi parte, la respuesta a ese interrogante debe ser negativa, pues si el objetivo que persigue el art. 261 de la ley 19.550 es alentar la distribución de dividendos en efectivo a los accionistas, ello queda totalmente desvirtuado cuando a estos le son entregadas acciones que son emitidas como consecuencia de la capitalización de tales utilidades.

Reiteramos conceptos ya vertidos con anterioridad: los dividendos deben ser abonados, por naturaleza y definición, en dinero efectivo. La entrega de acciones en concepto de "dividendos" no es técnicamente tal, pues ello implica solo la última etapa del aumento del capital social que es integrado exclusivamente con las ganancias del ejercicio. Por ello, si la ley autoriza la retracción de los honorarios de los directores frente a la constitución de reservas con parte o con la totalidad de las ganancias del ejercicio, no encuentro ningún fundamento para mantener el tope máximo de la remuneración cuando esas ganancias son afectadas a un aumento del capital social.

Finalmente, el traslado de ganancias a la cuenta "resultados no asignados" o "cuenta nueva" del patrimonio neto constituye un dato que debe tenerse también en cuenta a los fines de la determinación de la remuneración a los directores, pues ella constituye una reserva libre o facultativa encubierta bajo otra denominación —resolución general IGJ 25/04— que implica una evidente detracción al derecho al dividendo de que gozan todos los accionistas de una sociedad anónima.

§ 6. Superación del límite remuneratorio previsto por el art. 261 de la ley 19.550

El último párrafo del art. 261 de la ley 19.550 admite la posibilidad de superar los topes legales previstos por el párrafo segundo de dicha norma, siempre y cuando se presenten las siguientes circunstancias:

a) Que las ganancias del ejercicio fueren inexistentes o muy reducidas.

b) Cuando haya desempeño por los directores de comisiones especiales o funciones técnico administrativas.

c) Que el punto figure como punto especial del orden del día.

d) Que sea aprobado por la asamblea de accionistas.

e) Que las remuneraciones en exceso se destinen expresamente a los directores que se encuentren comprendidos en el segundo supuesto.

La jurisprudencia ha ratificado esas exigencias, requiriendo asimismo que la decisión asamblearia que resuelva superar los límites previstos por el art. 261 de la ley 19.550, debe ir acompañada de los debidos fundamentos del caso, de virtualidad suficiente como para justificar ese exceso(863).

El primero de los recaudos necesarios para superar los límites previstos por el art. 261 es la inexistencia de ganancias o cuando estas fueren reducidas. El primer caso, "inexistencia de ganancias", debe traducirse como quebranto o pérdida del ejercicio, en cuyo caso, la asamblea puede remunerar, mediante una cifra determinada, a los directores de la sociedad, siempre que se presenten, además, los demás requisitos previstos por el último párrafo de esta norma. El segundo caso, es decir, cuando las ganancias son reducidas, nos lleva al problema de determinar cuándo nos encontramos frente a ese supuesto, habiéndose sostenido que se debe considerar como escasa la utilidad del ejercicio, cuando el análisis tendencial de la situación de la empresa en los últimos tres años, incluyendo el último balance general así lo demuestra(864).

Sin embargo, esta fórmula no está exenta de críticas, en la medida en que no define el límite entre ganancias razonables y reducidas que permita superar el valladar previsto por la norma en estudio. Por ello, resulta más razonable la pauta suministrada por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial(865), que interpreta el concepto de "ganancias reducidas" a que se refiere el art. 261, como aquellas que no alcanzan para pagar los factores de rentabilidad con una fracción de la misma, es decir, cuando no basta para la contratación de directores con la inversión de solo su veinticinco por ciento,

criterio que a nuestro juicio debe aplicarse teniendo en consideración resultados anteriores, la magnitud de la empresa, el tiempo dedicado por los directores a la empresa, etcétera.

En segundo lugar, el párrafo cuarto del art. 261 exige que los directores deben desempeñar "funciones técnico administrativas o integrar comisiones especiales", lo cual requiere algunas aclaraciones.

A diferencia de lo expuesto en el párrafo segundo de la norma en análisis, y en lo que se refiere al desempeño de "funciones técnico administrativas", la ley no requiere, para superar los límites remuneratorios, que dichas funciones hayan sido desempeñadas con carácter de permanencia. Muy por el contrario, todo parecería indicar que, configurados los supuestos fácticos que la ley 19.550 exige para superar los topes remuneratorios previstos por el art. 261 (ganancias reducidas o inexistencia de ellas), las únicas tareas que pueden ser retribuidas por sobre aquellos límites son las comisiones especiales y las funciones técnico-administrativas de carácter no permanente y así lo ha interpretado la jurisprudencia mayoritaria, con alguna excepción(866), utilizando los siguientes fundamentos:

• Si el principio general dado por el segundo párrafo del art. 261 de la ley 19.550 es establecer un límite máximo que opera, entre otras cosas, respecto de las funciones técnico-administrativas de carácter permanente, la excepción solo podrá operar ante un supuesto fáctico diverso, esto es, el constituido por funciones técnico administrativas de carácter no permanente(867).

• Interpretando armónicamente lo dispuesto por el art. 261 de la ley 19.550, las funciones técnico administrativas subsumibles dentro del supuesto de excepción previsto por el cuarto párrafo del mismo, son únicamente las que no ostentan el carácter de permanencia. De lo contrario, se estaría ante un caso en el cual en un apartado de la norma se expresa que las funciones técnico administrativas de carácter permanente deben ser retribuidas dentro de la remuneración limitada, autorizándose seguidamente que las funciones técnico administrativas, sin otra especificación relativa a su carácter temporal, justifiquen una remuneración en exceso. Desde tal óptica, tendríamos una visión distorsionada que generaría como consecuencia que una hipótesis específica constituiría la regla, siendo su correlativa hipótesis genérica la excepción, lo cual no parece interpretación defendible(868).

• El hecho de que el legislador haya tratado conjuntamente las comisiones especiales y las funciones técnico administrativas en el último párrafo del art. 261, permite afirmar que se trata, para éstas últimas, de funciones no permanente, sino especiales o meramente circunstanciales(869).

• La lógica jurídica permite afirmar que si el legislador considera que hay funciones técnico administrativas permanentes, es porque existen otras que no lo son, es decir, que son meramente transitorias y el hecho de que el legislador las haya tratado conjuntamente con las comisiones especiales permite afirmar que se trata, para estas últimas, también de funciones especiales. Solo para estas funciones especiales cabe aplicar el cuarto párrafo del art. 261, o sea, que

la asamblea autorice, frente a lo reducido o inexistencia de ganancias, un pago especial para quienes la realizan[870].

Ahora bien, la ley 19.550 no define qué debe entenderse por "funciones técnico-administrativas", pero la doctrina ha cubierto la laguna, conceptuando a las mismas como aquellas que no se encuentran normalmente en manos del directorio, sino que son realizadas por personal especializado de la empresa, que integra el plantel de "jefes, gerentes o ejecutivos"[871], pero que en caso de ser efectuadas por alguno o todos los miembros del directorio, y en tanto configuran una locación de servicios, justifican el pago de un sueldo por la labor realizada. La jurisprudencia, por su parte, las ha definido como aquellas que, excediendo las áreas propias de la dirección general de una sociedad anónima, resultan más propias del ámbito del gerenciamiento, como por ejemplo, la adquisición de insumos, las tareas relacionadas con las líneas de producción, el sector financiero o administrativo[872].

Por su parte, el ejercicio de "comisiones especiales", implica la realización, por parte de alguno de los directores, de estudios para la proyección y/o realización de determinadas operaciones, sean de expansión empresaria u organización interna de la empresa[873]. Ellas son designadas, por lo general, ante los casos de fusión, transformación, escisión emisión de obligaciones negociables etc., cuando se le encarga a uno o más directores, para que, actuando en comisión, realicen todos los trabajos inherentes a la función encomendada, que es naturalmente "especial", ya que no constituye el trabajo ordinario de administración de una sociedad[874].

Por lo general, aunque no necesariamente, cuando el directorio encomienda a determinadas personas —directores o no— la realización de funciones técnico-administrativas, se los designa a ellos bajo la figura de gerentes, que se encuentra reguladas prevista por la ley 19.550 en su art. 270, pero ello no sucede cuando las funciones técnico administrativas no revisten el carácter de no permanentes, esto es, cuando se trata del supuesto previsto por el art. 261 in fine de la ley 19.550. Pero en todos los casos, gerentes o directores asignados a comisiones especiales y funciones técnico-administrativas de carácter no permanente, es necesario que tal designación o asignación conste en un acta de directorio, en la cual deberán constar todos los antecedentes que justifican esos nombramientos.

Con otras palabras, la circunstancia de que uno o varios directores dediquen parte de su tiempo o la totalidad de su jornada laboral a la administración de la sociedad, no implica, automáticamente, adjudicarles el carácter de gerentes, a los fines de superar el valladar remunerativo previsto por el párrafo segundo de la norma en análisis.

Lo contrario fue expuesto en el caso "Martín, Luis c/ Estudio de Arquitectura Fernández Llanos SA" de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial[875], en donde se sostuvo que tratándose de directores que no se limitan a concurrir a las reuniones de directorio, sino que tienen bajo su responsabilidad la dirección de un área determinada dentro de la administración, o realizan tareas más o menos permanentes que requieren una actuación

personal, los mismos deben ser retribuidos condignamente, correspondiendo a quien impugna el exceso de la remuneración probar que con el veinticinco por ciento de las utilidades del ejercicio, durante el cual cumplieron sus tareas, se hubiera podido retribuirlos en forma adecuada.

Consideramos inadecuada esa doctrina, que además de traducir un inadmisible desconcepto de que lo que supone el cumplimiento de las funciones del directorio de una sociedad anónima, pues no otra cosa supone pensar que todo lo que excede la asistencia a reuniones de directorio constituye una actuación excepcional de los directores, ello implica además dejar en letra muerta la filosofía de lo dispuesto por el art. 59 de la ley 19.550, que les exige a los integrantes del directorio, cumplir sus funciones con idoneidad y lealtad, actuando como "buenos hombres de negocios", lo cual supone que los directores deben reunir los requisitos de capacidad técnica, experiencia y conocimientos suficientes, debiendo dedicarse al desempeño de su cargo, todo el tiempo y atención que fuera necesario pues, como bien sostiene Halperin[876], si carecen de tiempo para ejercer el mismo con la responsabilidad debida, deben renunciar. Cabe recordar, como ya lo hemos expuesto en otras oportunidades, que hace casi cincuenta años, años, la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el célebre caso "Flaiban Sociedad Anónima"[877], decidió que el cargo de director no es una sinecura, sino que se elige al director por la confianza que les merece a los accionistas, debiéndose conducir con diligencia en el desempeño de su cargo. Ello demuestra que la circunstancia de que el director dedique parte de su tiempo al ejercicio de sus funciones, independiente a la asistencia a las reuniones de directorio, no constituyen labores extras que justifiquen remuneraciones adicionales, sino el cumplimiento estricto de su función, para lo cual el legislador ha sido lo suficientemente generoso, al remunerar a todos los miembros del directorio, con el veinticinco por ciento de las ganancias.

Disentimos asimismo con la doctrina del Tribunal en el caso "Martín, Luis c/ Estudio de Arquitectura Fernández Llanos SA", antes citado, en cuanto pone en cabeza de los impugnantes de la decisión asamblearia que aprueba el exceso de las remuneraciones asignadas a los directores, la prueba de la suficiencia de la remuneración máxima autorizada por el art. 261 de la ley 19.550 pues el legislador no impone otros requisitos para superar los topes remunerativos que los establecidos por el párrafo cuarto de la norma mencionada ni parece razonable exigirles a los accionistas disconformes la carga de la prueba sobre aspectos tan opinables, como lo es la satisfacción, para cada uno de los directores, de los topes remuneratorios del artículo en análisis.

Por ello coincidimos con otro precedente judicial que resolviera en sentido exactamente inverso al expuesto en el párrafo precedente, en el cual se sostuviera que la carga de la demostración en el cumplimiento de los requisitos legales que hace procedente la remuneración por haber desempeñado los directores funciones técnico administrativas o el ejercicio de comisiones especiales, se encuentra a cargo de la sociedad y no de los impugnantes de esa remuneración, debiendo apartarse en este caso de lo dispuesto por el principio general previsto por el art. 377 del Código Procesal, desde que tales requisitos conforman una actividad interna de la función de la administración de la sociedad

que normalmente no trasciende a aquellos que no tienen el control directo de esos actos, como es el caso de los accionistas de una sociedad anónima. De tal carga corresponderá una adecuada explicación, directamente proporcional al carácter de ser un estipendio de excepción y obviamente, la prueba en correspondencia a tales conceptos"[878].

§ 7. Retiro anticipado de sus honorarios por los directores de la sociedad

La ley 19.550 no contiene norma alguna que se refiera al pago de honorarios a los directores a cuenta de los que la asamblea oportunamente les asigne, pero de ese silencio no puede derivarse ilegitimidad alguna[879], pues salvo que los directores se encuentren además vinculados por una relación laboral con la sociedad, es de toda evidencia que la percepción, una vez por año, de las sumas que le corresponde recibir por la labor desempeñada en el ejercicio anterior, no se adecua al normal acontecer de las cosas cotidianas. Ello ha originado la costumbre de los directores, de percibir de la sociedad una suma mensual, que se imputará a cuenta de las sumas que la asamblea resuelva asignarles al considerar los resultados de ese ejercicio, las cuales, por lo general, coincidirá con la sumatoria de todos los montos retirados por los directores durante el mismo.

Pero es importante destacar que hasta tanto no exista fijación de los honorarios de los directores por la asamblea de accionistas (art. 234 inc. 2º de la ley 19.550) esos honorarios no pueden considerarse definitivos, aún cuando la percepción a cuenta de ellos haya sido autorizada por una asamblea con carácter previo a esos retiros, de modo que si, por el motivo que fuere, no hubo monto alguno fijado por la asamblea de accionistas, porque nunca se llevó a cabo ésta, debido, a la declaración de quiebra de la sociedad, se ha planteado judicialmente la cuestión de saber cuál es la posición jurídica en que se encuentra el director que así ha obrado.

Por una parte, y en una posición que podría calificarse como extrema, la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha sostenido la procedencia de la sindicatura de la sociedad fallida a obtener la restitución de los retiros a cuenta de los honorarios efectuados por sus directores[880], mientras que en otra posición, de características mucho más flexibles, resolvió que la mera circunstancia de no haberse celebrado asamblea para fijar los honorarios del director, aún cuando con posterioridad se hubiese declarado la quiebra de la sociedad, no es causa que por sí sola justifique sin más la obligación de reintegro de los anticipos percibidos por quien ejerció el cargo de director de la empresa, quienes pueden recurrir a los estrados judiciales para que se determine la procedencia de su remuneración así como su cuantía. Pero si existieron pagos a cuenta y el director no ha recurrido a la justicia a tales fines, la sociedad —a

través de la sindicatura— solo podrá reclamar el reintegro de esa suma si demuestra previamente la improcedencia de esos pagos[881].

Por mi parte, coincidiendo con esta última manera de pensar, entiendo que aún declarada la quiebra de la sociedad, y no aprobada la remuneración de los directores por su actuación durante el ejercicio anterior o contemporáneo a la declaración de falencia, los directores podrán requerir la convocatoria a una asamblea de accionistas para asignar en forma definitiva los honorarios de aquellos, pues —como hemos visto— la declaración de quiebra no pone fin a la actuación del órgano de gobierno de la sociedad, que podrá deliberar en cuestiones residuales o a los fines —precisamente— de convalidar actuaciones no reñidas con la ley.

Si, por las razones que fuera, esta asamblea no puede celebrarse, no resultaría justo que por el mero hecho de que la asamblea de accionistas no se haya pronunciado sobre el monto definitivo de los honorarios del directorio, quien se desempeñó como director de la sociedad fallida deba reintegrar los fondos percibidos como honorarios a cuenta, salvo que la sociedad demuestre fraude o abuso en esa manera de proceder, implicando este retiro una maniobra fraudulenta a los fines de vaciar la caja de la sociedad, que resulta inoponible a la masa de acreedores y justifica su declaración de ineficacia, habiéndose resuelto al respecto que el síndico concursal se encuentra legitimado para obtener de los directores la restitución de los honorarios percibidos en esas condiciones[882], de conformidad con lo dispuesto por el art. 118 inc. 2º de la ley 24.522.

§ 8. Mora en la retribución de los directores

La ley 19.550, si bien contempla la forma de la retribución de los administradores, no prevé la manera en que deben efectivizarse las mismas, y el tiempo en que debe cumplirse esa obligación se presenta como un real y práctico problema de administración societaria. La jurisprudencia de la Capital Federal es reiterada en el sentido de excluir la deuda del ente con los integrantes de sus órganos de administración y control entre aquellas enumeradas en el párrafo 1º del art. 509 del Código Civil, exentas de interpelación para la constitución del deudor en mora. La Cámara de Apelaciones en lo Comercial por fallo de la sala B en autos "Vallejo M. c/ Incasu SA", en fecha noviembre 11 de 1980, y el fallo de la sala C en autos "Nieto, Eduardo c/ Termoquar Sociedad Anónima s/ sumario", sostuvo que el reclamo de honorarios, para que estos sean susceptibles de actualización, debe encontrarse precedido de la previa interpelación, pues aun considerando la existencia de un plazo tácito, corresponde mantener la exigencia de un requerimiento al obligado para convertirlo en moroso[883].

La exigencia parece excesiva, ya que la asamblea de accionistas puede, al fijar el monto de la remuneración a los integrantes de sus órganos de administración y control, determinar no solo su quantum, sino la forma de plazo de pago. Su silencio autoriza a presumir que se trata de una obligación pura y simple, exigible a partir del momento de la clausura del acto que la aprueba, y si la razón de la reforma efectuada por la ley 17.711 al art. 509 del Código Civil —que prescinde del requisito de la interpelación para las obligaciones de plazo cierto— obedece a la certidumbre del deudor en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, no se explica la exigencia de la interpelación cuando la obligación es pura y simple, es decir de exigibilidad inmediata(884).

La sociedad no puede alegar la falta de disponibilidad de los fondos para el cumplimiento de su obligación, toda vez que los mismos deben encontrarse a disposición de la asamblea, la que determinará el destino de los mismos. Por otro lado, para eximirse de las accesorias, y sin llegar a la consignación judicial, le bastará comunicar por medio fehaciente la disponibilidad de tales sumas y aun en caso de consignación se estaría frente a la defensa de un deudor escrupuloso que demuestra su vigilante disposición de ánimo para evitar las consecuencias que pudiera ocasionar la falta de cumplimiento de su obligación(885).

De todos modos, la cuestión ha perdido la importancia práctica que tenía cuando la actualización monetaria de la suma debida dependía de la constitución en mora de la sociedad deudora, como era criterio pacífico de nuestra doctrina y jurisprudencia hasta hace más de una década. Actualmente, dicha postura ha sido abandonada, pues lo que determina el reajuste de la obligación dineraria no es la mora, sino la variación del valor de la moneda, que con el correr del tiempo distorsiona la entidad económica en que el crédito tenía su origen(886).

En definitiva, la constitución en mora de la sociedad deudora puede resultar necesaria, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria antes expuesta, a los fines del curso de los intereses, los cuales correrán desde la interpelación del deudor, pero la revalorización monetaria debe ser computada desde el preciso instante en que se originó el crédito.

§ 9. Algunas cuestiones relativas a la acción judicial de impugnación de las decisiones asamblearias que resuelven la remuneración a los directores en exceso de los límites previstos por el art. 261 de la ley 19.550

La acción de impugnación de la decisión asamblearia que viola lo dispuesto por el art. 261 de la ley 19.550, queda sometida obviamente al procedimiento previsto por los arts. 251 a 254 de la ley 19.550, debiéndose promover la acción respectiva dentro del plazo de tres meses de clausurada la asamblea respectiva.

La sentencia que hace lugar a la demanda de nulidad obliga al directorio a exigir el reintegro a la sociedad de las sumas percibidas en exceso[887], respondiendo todos ellos en forma solidaria e ilimitada, juntamente con el síndico, aunque el exceso hubiera resultado en beneficio exclusivo de uno de ellos (arts. 254, 274, 296 y 297 de la ley 19.550), sin perjuicio de la remoción de aquellos que no cumplan con los términos de la sentencia que ordena la devolución.

Equivocadamente, la jurisprudencia ha denegado la medida cautelar prevista en el art. 252 de la ley 19.550 —suspensión de la ejecución de la decisión asamblearia que resolvió remunerar a los directores en exceso— cuando con motivo de los retiros anticipados efectuados por sus beneficiarios, al momento de adoptarse aquel acuerdo asambleario, los directores ya habían retirado esas sumas de la caja social. El argumento utilizado para denegar esa precautoria se basó en una interpretación literal de dicha norma, invocándose que mal puede suspenderse la ejecución de un acuerdo asambleario, cuando no hay precisamente nada que ejecutar[888], lo cual resulta razonamiento inadmisible, pues si así fuera, resultaría muy sencillo tornar inaplicable aquella medida cautelar al caso que nos ocupa, pues ella quedaría frustrada con el simple recurso de la sociedad de abonar honorarios a cuenta o saldar de inmediato los honorarios abonados en exceso, lo cual constituiría un verdadero despropósito, contrario a los intereses del legislador.

Entiendo, por mi parte, que si los directores favorecidos por la remuneración en exceso, ya percibieron los mismos antes de la promoción de la demanda impugnatoria del acuerdo asambleario que así lo resolvió, corresponde ordenar su inmediato reintegro a la caja social, pues la intención del legislador, al prever la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550, consiste en evitar un daño al interés social —en el caso, el patrimonio de la compañía— que fuera afectado merced a una decisión de la asamblea reñida con la ley. Si partimos pues de una interpretación finalista y no exegética de dicha disposición legal, corresponderá, ante la existencia de certeza sobre la violación de lo dispuesto por el art. 261 de la ley 19.550, que además de ordenar el reintegro de tales sumas, disponer otras medidas cautelares[889]—embargo, inhibición general de bienes etc.— a los fines de compeler al director responsable de esa actuación, a recomponer el patrimonio social con la misma celeridad con que éste procedió a retirar ilegítimamente determinadas sumas de dinero, a sabiendas de que estaba obrando en contra de expresas disposiciones legales.

Si bien la jurisprudencia, en forma totalmente equivocada, se ha exhibido reticente en el dictado de la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550, aplicando un criterio restrictivo que dicha norma no impone, como sí lo hace el art. 114 de la ley 19.550 para la intervención judicial, existen casos en que ha ordenado la suspensión del acuerdo asambleario que resolvió aprobar las remuneraciones de los directores en exceso a lo dispuesto por el art. 261, como por ejemplo, la sociedad no probó el desempeño, por los directores beneficiados, de funciones técnico administrativas, ni asentar, en el acta de la asamblea, de las deliberaciones y votaciones la menor referencia al ejercicio de dichas funciones[890]y a los fundamentos que justifican la aprobación de una remuneración superior a los topes legales[891]. En el mismo sentido fue resuelto la procedencia de aquella medida cuando la asamblea no brindó una adecuada

argumentación acerca de las motivaciones que llevaron a desbordar la pauta legal, máxime cuando el socio impugnante de la asamblea no forma parte del órgano de administración de la sociedad y ve, por ende, mermada su posibilidad en expectativa de acceder eventualmente a mayores dividendos(892).

La circunstancia de que en la sociedad, a lo largo de varios ejercicios, los honorarios de los directores siempre excedieron los márgenes del art. 261 de la ley 19.550, tampoco es antecedente relevante a los fines de revocar la medida cautelar que suspendió la decisión asamblearia que fijó aquellas remuneraciones, porque tal obrar no aparece constituido en uso normativo y no es conducta encuadrada dentro de la doctrina de los propios actos aquella que pretende ajustarse a los términos legales(893), pues no es válido predicar que por la circunstancia de que alguna vez se haya tomado un rumbo equivocado, deba persistir su autor, por esa sola circunstancia, en esa misma línea de conducta.

Declarada la nulidad de la decisión de la asamblea que aprobó la remuneración del directorio por encima de los límites previstos por el ordenamiento legal, los directores que se han visto beneficiados por dicha actuación deben reintegrar las sumas percibidas de más con sus correspondientes accesorios. Dichas sumas, una vez reintegradas, pasan a integrar un saldo de utilidades que se transfiere al nuevo ejercicio, debiendo una nueva asamblea resolver el destino del mismo, que no es, técnicamente, utilidad diferida. Una nueva asamblea debe resolver en definitiva, más ella no será un complemento o una reintegración de la asamblea impugnada, sino una nueva reunión del órgano de gobierno de la sociedad, con toda la autonomía necesaria para tomar decisiones y con la competencia que corresponda en razón de la materia, en la cual se dará destino final a estas utilidades(894).

Art. 262.—

Elección por categoría. Cuando existan diversas clases de acciones el estatuto puede prever que cada una de ellas elija uno o más directores, a cuyo efecto reglamentará la elección.

Remoción. La remoción se hará por la asamblea de accionistas de la clase, salvo los casos de los arts. 264 y 276.

CONCORDANCIAS:LSC: arts. 207, 250, 264, 270, 276. Resolución general IGJ 7/2015, arts. 118 y 123.LSC Uruguay: art. 377.

§ 1. Elección de directores por categoría o clase de acciones

La elección de directores a través del sistema ideado por el art. 262 de la ley 19.550, constituye una de las formas previstas por este cuerpo legal para dar cabida en el órgano de administración de las sociedades por acciones a los representantes de grupos minoritarios de accionistas.

El antecedente de este art. 262 se encuentra en las resoluciones generales de la entonces Inspección General de Justicia, de fechas 23 de diciembre de 1954 y 30 de abril de 1958, modificatoria y complementaria de aquella. En su virtud, las sociedades anónimas se encontraron habilitadas para incluir en sus estatutos normas que reconocieran la existencia de clases o grupos de acciones representativas de otras tantas minorías dentro del capital social, estructurándose precisamente el régimen electivo de los directores en función de la existencia de grupos diferenciados. De esa manera cada uno de los grupos minoritarios pudieron elegir una parte del total de miembros del directorio, fracción directamente proporcional a la cantidad de acciones del grupo o al total de votos que correspondiera en la asamblea de accionistas(895).

La ley 19.550 no dispone que la existencia de esa cláusula sea esencial en el estatuto de las sociedades por acciones, sino que los socios puedan pactarla en forma facultativa, o incluirla posteriormente, a través de una modificación contractual.

Pero debe quedar en claro que la sola previsión estatutaria creando diferentes categorías o grupos de acciones no autoriza a concluir que cada una de ellas se encuentre habilitada para proceder a la designación de directores, síndicos o consejeros de vigilancia. El art. 207 de la ley 19.550 en análisis brinda el mejor ejemplo del motivo que puede impulsar a los socios a la creación de diversas clases de acciones, las cuales pueden conferir a sus titulares ventajas patrimoniales o políticas, siempre y cuando dentro de cada clase se confieran idénticos derechos, aspecto este que no puede ser alterado bajo pena de nulidad.

Así pues pueden integrar una categoría los tenedores de acciones que confieren cinco votos por acción o aquellos a los que se les reconozca el derecho de percibir utilidades en forma preferente a los restantes accionistas (arts. 216 y 217), los cuales podrán además designar directores, síndicos o consejeros en la medida que el estatuto lo autorice.

Ello no implica sostener que deban interpretarse exclusivamente como clases las acciones que, a efectos patrimoniales o políticos, tengan derechos diferentes, sino que el estatuto puede organizar grupos diferentes, sobre la base precisamente del derecho de cada una de ellas de elegir uno o varios directores(896).

A diferencia de lo dispuesto por las resoluciones de la Inspección General de Justicia de fechas 23 de diciembre de 1954 y 30 de abril de 1950, la ley 19.550 no exige proporcionalidad entre el capital social que representa cada clase de acciones y el número de directores a elegir por cada una de ellas, pero claro está

que ello se encuentra sometido al principio de que, cualquiera que sea el número de directores que se permita designar a los titulares de las distintas clases de acciones, la suma de todos ellos no podrá superar el máximo de directores previsto en los estatutos.

Un problema de interés lo constituyen las acciones preferidas sin derecho a voto, que representan, como es obvio, una clase o categoría de acciones. ¿Gozan sus titulares del derecho de voto en la designación de los administradores? La respuesta afirmativa surge no solo del texto del art. 262, en cuanto dispone que cada clase de acciones debe poder elegir no menos de uno de los directores[897], sino también por la circunstancia de que la misma ley 19.550 prevé distintos supuestos en los cuales sus tenedores recuperan el derecho de voto, de lo cual se desprende la improcedencia de privar a sus titulares del derecho de designar por lo menos un director, situación que se produciría si la suma de los administradores a designar por las restantes clases de acciones absorbiera el máximo de directores previsto por el estatuto.

§ 2. Problemas de funcionamiento en la designación de directores por clase de acciones

Varios son los inconvenientes que plantea el art. 262 de la ley 19.550 en orden a su funcionamiento y aun cuando el propio texto legal dispone que los estatutos deberán reglamentar la elección de los administradores por esta vía, pues ello en nada soluciona ciertas cuestiones que pueden presentarse con la aplicación de este instituto.

En primer lugar puede ocurrir que los titulares de una o varias categorías de acciones no puedan designar sus directores, ya sea por no contar la asamblea especial con quórum suficiente, o por existir permanente empate al adoptarse la correspondiente decisión, lo cual imposibilita una decisión válida en tal sentido.

La jurisprudencia, advirtiendo el peligro que esa situación puede ocasionar, dificultando en algunos casos el funcionamiento del órgano de administración de la sociedad, ha autorizado la designación de sus integrantes por la asamblea general ordinaria de accionistas, con los requisitos de quórum y mayorías para ella previstos[898].

Por otra parte, el art. 262 prevé que el estatuto deberá reglamentar la elección de los administradores, lo cual parece reiterativo si se tiene en cuenta que el art. 250 de la ley 19.550, establece la aplicación para las asambleas especiales de las normas de funcionamiento de las asambleas generales ordinarias. Sin embargo, y pese a la aparente contradicción del artículo en análisis, puede deducirse, como bien lo ha advertido la doctrina, que la reglamentación allí requerida no se refiere al funcionamiento interno de cada asamblea especial,

sino a la organización y distribución de los cargos por cada grupo[899], atribuyendo a una determinada categoría la facultad de designar presidente o vicepresidente, pero descartando todas aquellas formas de designación de los administradores, que frente al empate, permita su designación por vía que no sea la del principio de la mayoría[900].

¿La designación de los administradores por una clase de accionistas, debe hacerse por votación independiente dentro de la asamblea ordinaria, o requiere necesariamente la convocatoria y el funcionamiento de una asamblea especial? La ley no aclara el panorama, pues el art. 250, que prevé la existencia de asambleas especiales, se refiere solo al supuesto en que la asamblea ordinaria adopte resoluciones que afecten los derechos de una clase de acciones, en cuyo caso se requiere, como es lógico, el consentimiento o ratificación de esta clase, que se prestará en asamblea especial regida por las normas de la asamblea ordinaria. El supuesto que se analiza no queda comprendido en el art. 250, y por ello, nada hace necesario establecer el régimen de la asamblea especial para la elección de directores por clase o categoría de acciones, que bien puede celebrarse por votación independiente dentro de la asamblea general[901], aunque nada obsta a que el estatuto pueda exigir la convocatoria de asamblea especial, procedimiento que si bien resulta inconveniente por las dificultades que puede aparejar, no es descartable por la privacidad que esas asambleas otorgan[902].

La elección de directores por categoría de acciones excluye la utilización del voto acumulativo en la designación de los mismos dentro de cada clase (art. 263, penúltimo párrafo de la ley 19.550), pues si bien el procedimiento ideado por el art. 262 responde a la necesidad de dar cabida en el directorio a representantes de grupos minoritarios, no ha sido propósito del legislador atomizar el órgano de administración, admitiendo en el mismo minorías irrelevantes.

Finalmente, puede advertirse que el objetivo perseguido por la ley mediante este sistema, puede verse desvirtuado en la práctica, cuando los tenedores de una categoría de acciones, adquiriendo participaciones de otro grupo, formen mayoría dentro de todas las clases de acciones, designando en consecuencia la totalidad del directorio[903]. Ello no ocasiona un obstáculo que desvirtúe el sistema previsto por el art. 262, pues de conformidad a lo dispuesto por el art. 214 de la ley 19.550, puede pactarse estatutariamente la limitación de la transmisibilidad de las acciones, requiriéndose para este caso, la conformidad de cada categoría de acciones, expresada en forma concreta en asamblea especial.

Art. 263.—

Elección por acumulación de votos. Los accionistas tienen derecho a elegir hasta un tercio de las vacantes a llenar en el directorio por el sistema de voto acumulativo.

El estatuto no puede derogar este derecho, ni reglamentarlo de manera que dificulte su ejercicio; pero se excluye en el supuesto previsto en el art. 262.

El directorio no podrá renovarse en forma parcial o escalonada, si de tal manera se impide el ejercicio del voto acumulativo.

Procedimiento. Para su ejercicio se procederá de la siguiente forma:

1) El o los accionistas que deseen votar acumulativamente deberán notificarlo a la sociedad con anticipación no menor de 3 días hábiles a la celebración de la asamblea, individualizando las acciones con que se ejercerá el derecho y, si fuesen al portador, depositando los títulos o el certificado o constancia del banco o institución autorizada. Cumplidos tales requisitos aunque sea por un solo accionista, todos quedan habilitados para votar por este sistema.

2) La sociedad deberá informar a los accionistas que lo soliciten, acerca de las notificaciones recibidas. Sin perjuicio de ello, el presidente de la asamblea debe informar a los accionistas presentes que todos se encuentran facultados para votar acumulativamente, hayan o no formulado la notificación.

3) Antes de la votación se informará pública y circunstanciadamente el número de votos que corresponde a cada accionista presente.

4) Cada accionista que vote acumulativamente tendrá un número de votos igual al que resulte de multiplicar los que normalmente le hubieren correspondido por el número de directores a elegir. Podrá distribuirlos o acumularlos en un número de candidatos que no exceda del tercio de las vacantes a llenar.

5) Los accionistas que voten por el sistema ordinario o plural y los que voten acumulativamente competirán en la elección del tercio de las vacantes a llenar, aplicándose a los dos tercios restantes el sistema ordinario o plural de votación. Los accionistas que no voten acumulativamente lo harán por la totalidad de las vacantes a cubrir, otorgando a cada uno de los candidatos la totalidad de los votos que les corresponde conforme a sus acciones con derecho a voto.

6) Ningún accionista podrá votar —dividiendo al efecto sus acciones— en parte acumulativamente y en parte en forma ordinaria o plural.

7) Todos los accionistas pueden variar el procedimiento o sistema de votación, antes de la emisión del voto, inclusive los que notificaron su voluntad de votar acumulativamente y cumplieron los recaudos al efecto.

8) El resultado de la votación será computado por persona. Solo se considerarán electos los candidatos votados por el sistema ordinario o plural si reúnen la mayoría absoluta de los votos presentes; y los candidatos votados acumulativamente que obtengan mayor número de votos, superando a los

obtenidos por el sistema ordinario, hasta completar la tercera parte de las vacantes.

9) En caso de empate entre dos o más candidatos votados por el mismo sistema, se procederá a una nueva votación en la que participarán solamente los accionistas que optaron por dicho sistema. En caso de empate entre candidatos votados acumulativamente, en la nueva elección no votarán los accionistas que —dentro del sistema— ya obtuvieron la elección de sus postulados. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 216, 255, 262, 264, 276; resolución general IGJ 7/2015, arts. 122.

§ 1. Elección de directores por voto acumulativo

La elección de directores por acumulación de votos, sistema que el legislador también autoriza para la designación de los integrantes del órgano de fiscalización, constituye otro procedimiento que tiende a dar cabida en los mismos a los representantes de grupos minoritarios de accionistas, sistema que ofrece ventajas sobre el previsto por el art. 262, al no requerir cláusula estatutaria autorizando su aplicación.

El sistema consiste en multiplicar el número de votos de los socios que se acojan a este procedimiento por el número de vacantes a llenar, que no puede exceder del tercio del directorio o un número inferior. Es decir, dos tercios de las vacantes se cubren mediante el sistema de la mayoría o "sistema ordinario o plural" (de acuerdo a la terminología empleada por el legislador) y el tercio restante se reparte entre los distintos grupos que integran la sociedad.

Un primer ejemplo aclarará lo expuesto: una sociedad anónima tiene un capital social de pesos 12.000 dividido en 12.000 acciones ordinarias de un peso por acción, con derecho, cada una de ellas a un voto. Dicho capital se encuentra en manos exclusivas de dos accionistas: a) el accionista A, titular de 8.000 acciones, con derecho a 8.000 votos, y b) el accionista B es titular de 4.000 acciones con derecho a 4.000 votos. El directorio tiene tres integrantes y se convoca a una asamblea ordinaria para designar a nuevos directores, y el accionista B, que de ninguna manera podría elegir a los mismos de conformidad con el sistema ordinario, opta por votar acumulativamente.

Luego de la votación, y empleando el sistema previsto por el art. 263, LSC, el resultado sería el siguiente:

	VACANTE 1	VACANTE 2	VACANTE 3

ACCIONISTA A	8.000 VOTOS	8.000 VOTOS	8.000 VOTOS
ACCIONISTA B	—	—	12.000 VOTOS

De esa manera, el directorio se integra con dos representantes del accionista A, titular del paquete mayoritario de acciones, que ha otorgado a cada uno de los candidatos propuestos por él la totalidad de los votos que le correspondían (art. 263, inc. 5º) y con un tercer representante del accionista minoritario B, que utilizando el sistema de voto acumulativo, ha cubierto el máximo de vacantes permitido por el sistema, esto es, el tercio de tales vacantes, superando los votos del accionista mayoritario, al multiplicar la cantidad de votos de que era titular (4.000) por la cantidad de vacantes a llenar (tres), acumulando todos sus votos (12.000) en un solo candidato.

La circunstancia de que solo puede accederse a este sistema cuando el órgano colegiado cuente con no menos de tres miembros, no autoriza a descartar la existencia de un directorio unipersonal, o de dos integrantes, como lo admite expresamente el art. 255 de la ley 19.550[(904)], pero ello no descarta que un accionista pueda pretender ingresar al directorio mediante el sistema del voto acumulativo, aún cuando el directorio esté compuesto por uno o dos directores, en tanto una interpretación finalista del art. 263 lleva a la conclusión que cuando un accionista pretende hacer uso de este derecho, la sociedad debe necesariamente aumentar el número de directores en la próxima asamblea que deba celebrarse en los términos previstos por el art. 234 inc. 2º de la ley 19.550.

Contra ello no puede argumentarse que quien se ha incorporado a una sociedad anónima, en la cual su estatuto prevé el funcionamiento de un directorio unipersonal o solo con dos integrantes conocía de antemano que carecía de ejercer el derecho previsto por el art. 263 de la ley 19.550, pues atendiendo a las especiales características de las sociedades anónimas, en las cuales la muerte del socio nunca resuelve el contrato social, esa cláusula estatutaria será oponible a los herederos de los accionistas fallecidos, a quienes no puede serles invocado ese fundamento. Si como prescribe el propio art. 263 de la ley 19.550, el estatuto no puede derogar el derecho de utilizar el voto acumulativo, ni reglamentarlo de manera que dificulte su ejercicio, es de toda evidencia que mal puede sostenerse que la organización del directorio con uno o dos integrantes pueda frustrar para siempre ese derecho, evitando su ejercicio por los socios fundadores, sus cesionarios o herederos, pues esa organización del directorio constituye una forma de derogación del ejercicio del voto acumulativo por vía estatutaria, previsión que, como hemos visto, se encuentra expresamente prohibida.

Tampoco podría sostenerse, como fue predicado en algún caso jurisprudencial[(905)], que cuando el estatuto previó la posibilidad de que la asamblea podrá fijar el número de directores entre uno, dos o más, o cual en ese mismo cuerpo normativo fue establecido la composición del directorio en menos de tres integrantes, el accionista deba demandar judicialmente la nulidad o

modificación del estatuto en todo aquella que es interpretado como impedimento para el ejercicio de ese derecho, pues esa demanda no es necesaria, en tanto coexistiendo lo dispuesto por el art. 255 de la ley 19.550, que expresamente prevé que el directorio podrá estar compuesto de uno o más directores, y el sistema previsto por el art. 263, una interpretación coherente de ambas normas impone concluir que si bien el directorio integrado por uno o dos directores puede funcionar válidamente, ello será así en tanto, como hemos visto, un accionista no pretenda hacer uso del ejercicio del voto acumulativo, en cuyo caso, el número de directores debe ser ampliado en la misma asamblea en donde se decidirá la renovación del directorio. Esta es la interpretación que corresponde y no aquella que predica que la existencia de un directorio unipersonal (o de solo dos integrantes), evita la utilización del sistema previsto por el art. 263 de la ley 19.550.

Siguiendo lo expuesto y en caso de que, habiendo ya un accionista ejercido el derecho de voto acumulativo, la sociedad pretenda frustrar la posibilidad del ingreso al directorio de un director por la minoría, reduciendo el número de integrantes del órgano de administración y haciendo desaparecer el tercio de las vacantes a cubrir, esa decisión asamblearia será nula, de nulidad absoluta, lo cual, como veremos oportunamente, ha sido reiteradamente resuelto por nuestra jurisprudencia, aplicando la doctrina del abuso de mayorías, que descalifica la validez de tales acuerdos.

Otro principio que debe ser tenido en cuenta como característico de este sistema es que, cuanto mayor sea la cantidad de vacantes, mayor será la posibilidad del grupo o grupos minoritarios de acceder al directorio, pues menor será la cantidad de votos que se requieran para ello. Otro ejemplo demostrará lo expuesto.

Retornemos el ejemplo de la sociedad anónima de un capital de pesos 12.000 dividido en 12.000 acciones de un voto por acción, pero en este caso, el accionista A es titular de 10.000 acciones y el accionista B es titular de 2.000 acciones.

Si las vacantes en el directorio fueran solo tres, el accionista minoritario B no podría ingresar por sí o a través de un representante al directorio, pues multiplicando sus acciones (2.000) por el número de vacantes a llenar (tres), solo obtendría 6.000 votos, que es inferior al número de votos que el accionista mayoritario A destina (10.000) con cada uno de sus candidatos propuestos por el denominado sistema ordinario o plural.

Pero si las vacantes son seis, en lugar de tres (recuérdese que no se computan fracciones, de manera tal que el tercio de un directorio de cinco integrantes representa un solo director), el accionista B podrá acceder al directorio, cubriendo parcialmente el tercio de las vacantes a llenar, si destina la totalidad de sus votos a una sola vacante.

	vacante1	vacante2	vacante3	vacante4	vacante5	vacante6
ACCIONISTA A	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000
ACCIONISTA B	—	—	—	—	—	12.000

De lo contrario, si pretendiera cubrir la totalidad de las vacantes a que tiene derecho (2), fracasaría en su propósito de acceder al directorio, pues al asignar a cada uno de sus dos candidatos la cantidad de 6000 votos, resultaría superado por el accionista mayoritario A, quien debe adjudicar todos sus votos —10.000— a cada uno de los candidatos.

	vacante1	vacante2	vacante3	vacante4	vacante5	vacante6
ACCIONISTA A	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000	10.000
ACCIONISTA B	—	—	—	—	6.000	6.000

§ 2. Críticas al sistema del art. 263 de la ley 19.550

El sistema de voto acumulativo ha despertado una interminable polémica en torno a su eficacia, habiéndose sostenido, en contra del mismo, tres argumentos de diferente naturaleza(906): a) se trata de un sistema confuso y complicado, que convierte a la elección de directores en un torneo de destreza matemática(907); b) alienta al abuso de derecho por parte de las minorías accionarias(908)y c) menoscaba la cohesión interna dentro del órgano de administración, habiéndose propuesto la necesidad de reservar el procedimiento del voto acumulativo a la integración del órgano de fiscalización(909). No compartimos tales críticas pues:

a) La fórmula matemática prevista por el legislador es muy sencilla y no es necesario ninguna destreza especial para poner en funcionamiento el sistema.

b) El procedimiento de voto acumulativo ha sido incorporado a nuestra legislación hace más de veinticinco años, y la jurisprudencia, mediante fallos ejemplificadores y esclarecedores, ha dado corrección a la desvirtuación del sistema, mediante fórmulas matemáticas erróneas o prácticas que tienden a desvirtuar el sistema, como veremos oportunamente.

c) El procedimiento en análisis no quiebra la cohesión interna del directorio, pues el legislador lo ha previsto para minorías suficientes y solo para cubrir el tercio de las vacantes a llenar, de manera tal que, en el seno del órgano de administración, sigue rigiendo el principio mayoritario.

d) La presencia de un directorio perteneciente a un grupo accionario no mayoritario, dentro del seno del órgano de administración evita una administración arbitraria y extrasocietaria, en especial en aquellos casos en que la sociedad carece de sindicatura o en aquellos supuestos tan frecuentes en nuestro medio, en donde el órgano de fiscalización es absolutamente inoperante o incluso cómplice de la actuación del directorio. Tal presencia facilita el control de los negocios sociales(910), permite el acceso a los papeles y libros de comercio y evita la consumación de actos clandestinos y perjudiciales a la sociedad.

Creemos, a diferencia de esas opiniones, que el voto acumulativo constituye un derecho esencial del accionista, otorgado por el legislador a través de una norma de evidente orden público, que, al permitir el ingreso de minorías suficientes al órgano de administración, evita el avasallamiento de los intereses de los grupos minoritarios por las mayorías, facilitándoles el derecho de control sobre la administración o marcha de los negocios sociales, permitiendo adoptar con celeridad las medidas pertinentes, poniendo freno, además, a la actuación del directorio, que, de lo contrario, podrá recurrir a cualquier maniobra para consolidar los derechos del grupo mayoritario de accionistas.

§ 3. Procedimiento de elección por voto acumulativo. Mecánica

La ley 22.903 ha aclarado el procedimiento original previsto por la ley 19.550, poniendo fin a faltas de interpretación que desnaturalizaban muchas veces su ejercicio.

En primer lugar, se ratifica que mediante el ejercicio del voto acumulativo solo puede elegirse hasta el tercio de las vacantes a llenar en el directorio. En consecuencia, dos tercios de los cargos se cubren mediante el sistema de mayorías u "ordinario o plural" y con respecto al tercio restante, se permite competir por él a los grupos minoritarios con la mayoría, quien utilizará sobre ese tercio, el sistema ordinario o plural.

Cabe pues ratificar que la eventual participación de la o las minorías es solo hasta el tercio de las vacantes a llenar, o sea que, por más importante que sea una fracción minoritaria y aunque la misma se divida en grupos, solo pueden elegir directores hasta ese tope legal y no más allá.

La Inspección General de Justicia, en el art. 64 de la derogada resolución general 6 del 24/12/1980, hoy reemplazado por el art. 123 de la resolución general 7/2015, que fue antecedente de la actual redacción del art. 263, LSC, había ratificado ese criterio, modificando su posición anterior, expresada en la res. 37/1973, que admitía que cada minoría se encontraba habilitada para elegir un tercio de las vacantes mencionadas, criterio que fuera declarado inconstitucional en un importante precedente judicial[911], pues posibilitaba que una minoría desdoblada o varias minorías, pudieran elegir mayor número de directores que aquellos designados por el sistema ordinario o plural, violando de esa manera la filosofía misma del art. 263, que impone como resorte exclusivo del grupo mayoritario, la administración de la sociedad, como derivación del principio de las mayorías, que rigen el funcionamiento de los órganos colegiados.

Aclarado pues que la o las minorías solo pueden cubrir o competir por el tercio de la vacantes a llenar, corresponde señalar que tales minorías no pueden ser cuantificadas en abstracto ni pretenderse que, mientras se mantenga la misma

composición accionaria en la sociedad, el acceso por un grupo minoritario al directorio a través del sistema en análisis pueda considerarse como un derecho adquirido de esos grupos en las elecciones posteriores.

Bien ha sido dicho por la jurisprudencia, que la minoría suficiente a los efectos del art. 263 de la ley 19.550, solo puede establecerse en cada caso concreto, atendiendo a una multiplicidad de factores o circunstancias, debiendo tenerse en cuenta la influencia que en dicho porcentaje tendrá la mayor o menor dispersión de las acciones, sin perjuicio de otros factores que pueden contribuir a que, en concreto, un accionista, con escaso porcentaje de las acciones tenga interés en la posibilidad de ejercitar el voto acumulativo, tal como, por ejemplo, el acceso al directorio que puede abrir este sistema a un candidato común de una pluralidad de minoritarios"[912].

En otras palabras, y siguiendo la doctrina de la importante decisión judicial recaída en el caso "Schettini", no se encuentra que pueda establecerse de una manera absoluta cuando una minoría será suficiente o, dicho de otra manera, cuándo la minoría tendrá una importancia que le permita designar algún director. Basta para fundar lo aseverado el solo recuerdo del régimen legal del quórum de las asambleas generales ordinarias, con ajuste al cual la asamblea se considera constituida en segunda convocatoria cualquiera sea el número de acciones presentes (art. 243 de la ley 19.550), vale decir que, cuanto mayor sea el ausentismo, menor será el porcentaje con el que se pueda lograr la elección de un director por el sistema de voto acumulativo.

Con lo expuesto quiere dejarse en claro que cada minoría debe ser juzgada en cada oportunidad en que ella pretenda ejercer los derechos otorgados por el art. 263 de la ley 19.550, resultando inadmisible, como fuera sostenido en otro precedente[913]mantener la validez de una elección de directores en la cual se comprobó una violación al procedimiento previsto por la norma en análisis, con el simple argumento de la inutilidad de una sentencia nulificatoria de esa decisión asamblearia, cuando por los resultados obtenidos en dicha elección, el grupo minoritario no podría, ni aun con el apoyo de algunos "votos sueltos" obtener una representación en el directorio[914].

Aclarado lo expuesto, para el ejercicio previsto por el art. 263 en análisis, se procederá de la siguiente forma:

• El o los accionistas que deseen votar acumulativamente deberán notificarlo a la sociedad con anticipación no menor de tres días hábiles a la asamblea en el cual se ejercerá ese derecho, indicando, en la aludida notificación, las acciones con las cuales ejercerá el mismo. Aunque la ley no lo requiera expresamente, debe efectuarse la aludida comunicación a través de forma fehaciente y recepticia, para acreditar que la declaración ha llegado a conocimiento del destinatario. Repárese que la ley solo menciona la necesidad de identificar las acciones con las cuales se ejercitará el derecho en estudio, norma que parece redactada para épocas donde era lícito emitir acciones al portador, lo que en nuestro medio, luego de la ley 24.587 no sucede, pues teniendo la sociedad emisora la posibilidad de conocer en forma exacta la cantidad de acciones que es titular cada accionista, consultando al respecto el libro de registro de acciones

previsto en el art. 213 de la ley 19.550, el requisito de identificación de las participaciones accionarias por quien pretende ejercer el derecho de voto acumulativo carece de toda explicación, máxime cuando el art. 263 inc. 6º dispone que ningún accionista podrá votar, dividiendo al efecto sus acciones, en parte acumulativamente y en parte en forma ordinaria o plural.

• Cumplida la notificación, aun cuando un solo accionista hubiere cursado notificación en tal sentido, todos los asistentes a la asamblea quedan habilitados para votar por el sistema de voto acumulativo (art. 263, inc. 1º, LSC).

• Iniciada la asamblea, y antes de proceder a la elección de los directores, deberá informarse a los accionistas que lo soliciten sobre las notificaciones recibidas. Sin perjuicio de ello, el presidente de la asamblea deberá informar a los asistentes que todos ellos se encuentran facultados para votar acumulativamente, hayan o no cursado notificación (art. 263, inc. 2º).

• Del mismo modo, también antes de la votación, se informará pública y circunstanciadamente el número de votos que corresponda a cada accionista. Cada uno de estos que vote acumulativamente, tendrá un número de votos igual al que resulte de multiplicar los que normalmente le hubiesen correspondido, por el número de directores a elegir, pudiendo distribuirlos entre los candidatos que integran el tercio de las vacantes, o acumularlos en un solo candidato, dentro de ese tercio (art. 263, incs. 3º y 4º).

• Los accionistas que voten por el sistema ordinario o plural y los que voten acumulativamente, competirán en la elección del tercio de las vacantes a llenar, aplicándose a los dos tercios restantes el sistema ordinario o plural de votación. Es decir, los accionistas que no voten acumulativamente, lo harán por la totalidad de las vacantes a cubrir, otorgando a cada uno de los candidatos la totalidad de los votos que les corresponde conforme a sus acciones con derecho a voto (art. 263, inc. 5º).

• Para que quede claro: mientras los accionistas que hubiesen optado por el sistema de voto acumulativo emitirán sus votos exclusivamente para cubrir, total o parcialmente, el tercio de las vacantes a llenar, los accionistas que votan con el sistema ordinario, lo hacen emitiendo su voto para cubrir la totalidad de las vacantes, pues aquellos no tienen reservado para sí aquel tercio, sino que deben superar los votos emitidos por el sistema ordinario en favor del o los respectivos candidatos. No otra cosa significa la frase empleada por el inc. 5º del art. 263, cuando expresa que los accionistas que voten por el sistema ordinario o plural y los que voten acumulativamente competirán en la elección del tercio de las vacantes a llenar.

• Si bien ningún accionista puede votar dividiendo sus votos, en parte acumulativamente y en parte en forma ordinaria, todos los accionistas pueden variar el procedimiento o sistema de votación antes de la emisión de su voto, inclusive los que notificaron su voluntad de votar acumulativamente y cumplieron los recaudos al efecto (art. 263, incs. 6º y 7º).

• El resultado de la votación será computado por persona. Solo se considerarán electos los candidatos votados por el sistema ordinario o plural si reúnen la mayoría absoluta de los votos presentes; y los candidatos votados acumulativamente, que obtengan mayor número de votos, superando a los obtenidos por el sistema ordinario, hasta completar la tercera parte de las vacantes (art. 263 inc. 8º). Esta es la médula del sistema, cuya redacción ha sido mejorada por la ley 22.903 a los fines de terminar con una repetida maniobra de abuso de mayorías, que tendía a menoscabar el ejercicio del voto acumulativo, cuando el accionista controlante, enterado de la voluntad de un accionista de ejercer el derecho previsto por el art. 263, LSC, transfería ficticiamente parte de sus acciones con anterioridad al acto asambleario, para que su cesionario vote acumulativamente con un porcentaje de acciones superior al de las verdaderas minorías. Tal ilegítima práctica demostró que, con anterioridad a la ley 22.903, eran muchos los casos en que mediante el sistema ordinario o plural solo se cubrían las vacantes correspondientes a los dos tercios de las mismas con menos del diez por ciento de los votos.

Es precisamente para evitar la división ficticia del capital mayoritario —lo cual constituye estrictamente un típico ejemplo de conducta antisocietaria— como el inc. 8º del art. 263 solo legitima la elección de los candidatos elegidos por el sistema ordinario o plural, si reúnen la mayoría absoluta de los votos presentes.

Debe objetarse al texto legal, sin embargo, el criterio de subordinar la elección de los candidatos votados por el sistema ordinario o plural, a la reunión, en cada uno de ellos de la mayoría absoluta del capital presente, cuando en puridad debió establecerse ese porcentaje para reunir todos los votos emitidos mediante el sistema ordinario o plural, aunque los mismos se distribuyan entre varios candidatos. Repárese que el criterio adoptado por la ley 19.550 torna de absoluta imposibilidad la hipótesis de empate entre candidatos votados por este sistema, que no obstante el legislador ha contemplado en el párrafo primero del inc. 9º del art. 263 de la ley en análisis.

La solución legal prevista en el inc. 8º del art. 263 de la ley 19.550, inspirada en el inc. 12 del art. 64 de las Normas de la Inspección General de Justicia —hoy art. 112 de las Nuevas Normas—, y cuya filosofía se comparte en su totalidad, se funda en los principios de buena fe y lealtad que deben inspirar el sistema societario en general, aunque puede conllevar el riesgo de que las dos terceras partes del directorio no pueden ser cubiertas, por no alcanzarse por el sistema ordinario o plural, la mayoría absoluta de los votos presentes, lo cual puede ocurrir en aquellas sociedades en que el rol de mayorías o minorías se alternen, de acuerdo con razones de oportunidad o temario a considerar.

El art. 263 de la ley 19.550 no aporta solución al problema que se presenta cuando no pudiera reunirse la mayoría absoluta en los candidatos votados por el sistema ordinario o plural, lo cual hace fracasar incluso la elección de los candidatos votados mediante el sistema de acumulación de votos, al implicar ello una renovación parcial del directorio, vedada por el párrafo tercero del mencionado artículo. Frente a esa hipótesis, y ante la posibilidad de paralizar el funcionamiento del órgano de administración, lo cual podría incluso conducir a la disolución de la sociedad, corresponde recurrir al sistema ordinario previsto por

el art. 243 de la ley 19.550, para la designación de todos los integrantes del directorio.

§ 4. ¿Pueden sumarse los votos obtenidos por un mismo candidato provenientes de ambos sistemas?

Se discute en doctrina la posibilidad de sumar los votos de un candidato que ha recibido los provenientes del sistema ordinario o plural y de parte de los accionistas que han optado por el mecanismo del voto acumulativo[915], lo cual se presenta, en la práctica, como otra maniobra ideada en perjuicio de las verdaderas minorías, desdoblándose la mayoría (que debe reunir los porcentajes establecidos por el inc. 8º del artículo en análisis, es decir, la mayoría de los votos presentes), en una minoría que si bien es inferior a la verdadera, logra superarla con el simple recurso de votar al mismo candidato propuesto por la mayoría y sumar en su persona, la totalidad de los votos recibidos.

Recordemos, para ejemplificar lo expuesto, el ejemplo dado con anterioridad, esto es, sociedad anónima de capital de pesos 10.000 dividido en 10.000 acciones que otorgan un voto cada acción. Para ello partimos de la base de que el accionista mayoritario A tiene 7.000 acciones y el accionista B minoritario tiene 3.000 acciones, y son tres las vacantes a llenar.

De aplicar correctamente el sistema previsto por el art. 263, LSC, el resultado de la votación debería ser el siguiente:

	VACANTE 1	VACANTE 2	VACANTE 3
ACCIONISTA A	7.000 VOTOS	7.000 VOTOS	7.000 VOTOS
ACCIONISTA B	—	—	9.000 VOTOS

Resultando electos los candidatos 1 y 2 por el sistema ordinario o plural, el candidato 3, que superó los 7.000 votos del accionista mayoritario, por el sistema del voto acumulativo.

Pero en el caso que nos ocupa, con anterioridad al acto asambleario, el accionista A vende ficticiamente la cantidad de 1.900 acciones en favor del accionista C, quien vota acumulativamente en la aludida elección, quien contará para ello con 5.700 acciones, resultantes de multiplicar los 1.900 votos que otorgan sus acciones por tres es decir, por el número de vacantes a llenar. Debe recordarse que el accionista A ha vendido solo 1.900 acciones, para no perder la mayoría absoluta en la elección ordinaria, quedándose con 5.100.

En este caso, el resultado de la elección sería el siguiente:

	VACANTE 1	VACANTE 2	VACANTE 3
ACCIONISTA A	5.100 VOTOS	5.100 VOTOS	5.100 VOTOS
ACCIONISTA B	—	—	9.000 VOTOS
ACCIONISTA C	—	—	5.700 VOTOS

De permitirse la sumatoria de los votos de los accionistas A y C, que han recaído en el mismo candidato, la verdadera minoría, representada por el accionista B queda superada y desplazada del órgano de administración.

Bien es cierto que el art. 263 de la ley 19.550, no prohíbe tal sumatoria, pero de ello no se deriva, como ha sido propuesto, la validez de ese procedimiento(916), pues partiendo de la base de que el sistema del voto acumulativo ha sido establecido en favor de las minorías, debe concluirse que aquella que ha votado acumulativamente por el mismo candidato que el propuesto por el sistema ordinario o plural no reúne la característica de tal, pues el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, ha definido a las minorías del siguiente modo: "En las juntas, asambleas, etc., conjunto de votos dados en contra de lo que opina el mayor número de votantes", de manera tal que, al carecer el accionista que ha optado por el sistema de voto acumulativo votando al mismo candidato que el propuesto por el sistema ordinario, del carácter de "minoría", no puede éste pretender el beneficio de la multiplicación de sus votos por las vacantes a llenar, lo cual debe reservarse exclusivamente a las verdaderas minorías, es decir, a quienes voten en sentido diverso de la opinión mayoritaria.

La improcedencia de la sumatoria de votos reunidos por el mismo candidato, provenientes de ambos sistemas deriva normativamente de lo dispuesto por el inc. 9º del art. 263, cuando, refiriéndose al caso de empate, dispone que, empatando candidatos votados por el mismo sistema, solo participarán en la nueva votación los accionistas que hubieran optado por ese sistema, descartando toda posibilidad de sumatoria de votos de distinta procedencia(917).

Podría afirmarse que la inadmisibilidad de tal sumatoria podría privar a la sociedad de un administrador eficiente, pero ello no convence, pues admitido que el voto acumulativo es un procedimiento que se utiliza por lo general en estado de conflicto entre grupos accionarios, la hipótesis de coincidir sobre un mismo administrador aparece como inimaginable, amén de que, si este fuera sumamente idóneo para tal función, recibirá seguramente los votos emitidos mediante el sistema ordinario o plural. Por otra parte, y a mayor abundamiento, debe recordarse que la minoría, al ejercer el voto acumulativo y pretender, mediante ello, una representación en el directorio, repara más en la posibilidad de controlar "desde adentro" la administración de la sociedad y participar en la toma de decisiones, que en la idoneidad profesional del candidato.

Admitir tal sumatoria no implica otra cosa que favorecer la división ficta de la mayoría y alentar maniobras en perjuicio de las verdaderas minorías, desvirtuando el sistema establecido por el legislador en favor de las mismas, que se encontrarán con el problema de demostrar la ilicitud de la transferencia efectuada por el accionista mayoritario para atacar la validez de esa elección,

prueba que, por lo general, es sumamente dificultosa, como acontece en todo juicio de simulación.

§ 5. El caso de empate

Finalmente, el art. 263, inc. 9º de la ley 19.550, contempla el caso de empate, previéndose las siguientes alternativas:

a) Si el empate se produce entre dos o más candidatos votados por el mismo sistema, se procederá a una nueva votación en la que participarán solamente los accionistas que optaron por dicho sistema. Este mecanismo de desempate, reservado para el caso de igualdad entre candidatos elegidos por el sistema ordinario o plural y no por voto acumulativo, que tiene una solución específica, no obstante la amplitud de los términos empleados por el párrafo primero del inc. 9º del art. 263, difícilmente pueda lograr su objetivo, pues resulta imposible fácticamente el empate entre dos candidatos elegidos por el sistema ordinario si se repara en el hecho de que, de conformidad a lo dispuesto por el inc. 8º del artículo de análisis, solo se considerarán electos los candidatos votados por el sistema ordinario o plural si reúnen la mayoría absoluta de los votos presentes.

b) Si el empate se produce entre candidatos elegidos por el sistema de voto acumulativo, se procederá a nueva votación, en la que no participarán los accionistas que, dentro del sistema (es decir, del acumulativo), ya obtuvieron la elección de sus postulados. Tampoco este sistema de desempate es convincente, pues para que ello funcione, es necesario que existan más de dos minorías que hayan utilizado el sistema de voto acumulativo, para que el tercero o cuarto grupo pueda volcar sus votos entre aquellos que obtuvieron el empate. Pero no es ese el caso que más frecuentemente se presenta en la práctica, en donde, por lo general, son dos los grupos minoritarios que compiten por el tercio de las vacantes a llenar, sin existir otros grupos que puedan considerarse como la llave para obtener el desequilibrio. Ante tal hipótesis, la solución legal es inaplicable.

c) Finalmente, en caso de empate entre directores votados por los distintos sistemas, que curiosamente es el caso que más frecuentemente puede presentarse y que no ha merecido respuesta concreta del legislador en el inc. 9º del art. 263, no ofrece dificultades, en la medida que el inc. 8º de dicho artículo exige que los votos acumulativos deben superar a los obtenidos por el sistema ordinario. En consecuencia, como con el empate no se obtiene esa superación, triunfan los candidatos elegidos por el sistema común[(918)].

La jurisprudencia no se ha pronunciado sobre este último tema, aclarando las deficiencias del sistema legal, con lo cual se demuestra que fácticamente, por la multiplicidad de acciones en que, por lo general, se dividen los paquetes

accionarios de las sociedades anónimas, resulta muy difícil que se presente un caso de empate, cuando se trata de una elección de directores mediando el empleo, por determinados accionistas, del sistema previsto por el art. 263 en análisis.

Lo cierto es que prever fórmulas de desempate constituye una tarea de muy difícil logro, como lo demuestra el hecho de que la jurisprudencia ha llegado a sostener la disolución de la sociedad por falta de funcionamiento de los órganos sociales, cuando se trata de una sociedad integrada por solo dos accionistas con igual participación accionaria y con intereses absolutamente contrapuestos.

Creemos que la única manera de resolver el problema, cuando se produce un empate entre los candidatos elegidos por el sistema de voto acumulativo, y no pudiera desempatarse a través del procedimiento establecido por el art. 263, inc. 9º de la ley 19.550, consiste en utilizar directamente el sistema ordinario previsto por el art. 243, esto es, mayoría absoluta de todos los votos presentes, pues en tal caso, no habría "minoría suficiente" con derecho al ingreso al directorio, evitándose las ulterioridades que implican la paralización de los órganos sociales, bonificando el principio de conservación de la sociedad, en los términos del art. 100 de la ley societaria.

§ 6. Voto acumulativo y elección de directores suplentes

La correcta interpretación del art. 263 de la ley 19.550, impone aplicar el mismo sistema en la elección de directores suplentes, cuando la minoría hubiera obtenido la designación de directores titulares a través del voto acumulativo.

Recordemos que la ley 19.550 no impone obligatoriamente la designación de directores suplentes, sino solo para el caso de que la sociedad hubiera prescindido de la sindicatura (art. 258, LSC), lo cual se explica fácilmente, pues existiendo órgano de control, este tiene la obligación de designar reemplazante en caso de producirse vacancia en el directorio, a menos que el estatuto prevea otra forma de nombramiento.

Nada obliga —salvo prescindencia de la sindicatura u órgano de control— a elegir directores suplentes en la misma asamblea en la cual se designen a los directores titulares, pero si ello figura en el orden del día y uno o varios accionistas han optado por ejercer en dicho acto el procedimiento de voto acumulativo, parece de toda evidencia que el mismo sistema puede ser utilizado para la elección de directores suplentes, sin necesidad incluso de reservar el ejercicio de tal derecho para este último caso.

La elección de directores titulares y suplentes debe considerarse por separado, mediante dos elecciones diferentes (titulares por un lado y suplentes por el otro)[919].

La cuestión fue objeto de consideración en el caso "Ribatto Crespo, Ricardo c/ Fiplasto Sociedad Anónima s/ sumario", dictado por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, de fecha 20 de noviembre de 1986[920], en la cual se sostuvieron dos criterios:

a) Un criterio mayoritario, formulado por los jueces Felipe Cuartero y Edgardo M. Alberti, conforme al cual la asamblea de accionistas es discrecional para determinar el número de directores suplentes. Como presupuesto de hecho, cabe señalar que, conforme al estatuto de la sociedad demandada, el número de directores titulares resultaba del que fijara la asamblea, entre un mínimo de tres y un máximo de ocho, pudiendo además, ese órgano, designar suplentes en igual o menor número que el de los titulares y por un mismo plazo. La decisión judicial validó pues el acuerdo asambleario que fijó en dos el número de directores suplentes, como era costumbre en la sociedad.

b) Un criterio minoritario, expuesto por el juez Martín Arecha, conforme al cual la discrecionalidad de la asamblea para la determinación del número de directores suplentes no es absoluta, pues debe armonizarse con la especial naturaleza del derecho que confiere el art. 263 de la ley 19.550 que los actores habían reservado ejercer para la elección de directores titulares.

La tesis expuesta en último término se ajusta con mayor exactitud al sistema previsto por el art. 263 de la ley en análisis y con reiterada jurisprudencia del Tribunal, conforme a la cual, una vez notificada la sociedad del ejercicio del sistema de voto acumulativo por un accionista, toda reducción o aumento del número de integrantes del directorio que perjudique la expectativa numérica de la minoría, debe considerarse contraria a la letra y al espíritu de la institución[921].

En consecuencia, y habiéndose hecho uso del sistema previsto por el art. 263 de la ley 19.550, para la elección de los directores titulares, la fijación por la asamblea de un número de directores suplentes que impida el ejercicio del voto acumulativo para la elección de los mismos, se presenta como una manifestación de abuso de mayorías, por más que, con anterioridad a ese acto, la sociedad no hubiera contado con un número superior de directores suplentes.

La designación de directores suplentes, por asamblea de accionistas, no es una mera formalidad, pues ellos asumirán sus cargos en caso de vacancia de los directores titulares. En consecuencia, si una minoría ha podido acceder al directorio a través del sistema previsto por el art. 263 de la ley 19.550, no parece congruente que, decidida la designación de directores suplentes por parte de la misma asamblea, debe prescindirse de tal sistema en la elección de los mismos, pues de lo contrario, de producirse la vacancia en el cargo desempeñado por el representante de la minoría, este deberá ser cubierto por el director suplente elegido por el sistema ordinario, lo cual no es admisible ni acorde con la filosofía del legislador.

Coincidimos con Gagliardo[922], quien considera que, mediando elección de miembros suplentes, corresponde adoptar idéntico temperamento que el seguido para sus titulares, incluso en cuanto al número de directores, y existiendo ausencia o vacancia, asumirán sus cargos los electos votados por el sistema de que se trate.

§ 7. Protección al sistema de elección por voto acumulativo

Desde la misma sanción de la ley 19.550 ha sido preocupación del legislador y de la jurisprudencia, preservar el sistema previsto por el art. 263 de toda maniobra tendiente a menoscabarlo o impedir su legítimo ejercicio.

Ya la misma ley 19.550, en su versión original, preveía tres normas tendientes a la protección del sistema: a) una declaración de principios, conforme al cual el estatuto no puede derogar este derecho, ni reglamentarlo de manera que dificulte su ejercicio; b) prescribiendo expresamente que el directorio no podrá renovarse en forma parcial o escalonada, si de tal manera se impide el ejercicio del voto acumulativo, y c) estableciendo que la remoción de los directores elegidos según este régimen, solo procederá cuando se incluya a la totalidad de los directores, salvo los casos de los arts. 264 y 276.

La ley 22.903, en forma incomprensible, derogó esta última previsión, pero de ello no se deriva la validez de la remoción sin causa, por parte de la asamblea, del director elegido por el sistema de voto acumulativo, en la medida en que ello no implica otra cosa que el antecedente necesario para la renovación escalonada o parcial del directorio, cuya prohibición se mantiene vigente en la actual redacción del art. 263.

Casi inmediatamente después de entrar en vigencia la ley 19.550, la jurisprudencia debió pronunciarse sobre la validez de la decisión asamblearia que resuelve la reducción de los miembros del directorio, cuando un accionista había notificado su voluntad de ejercer el derecho previsto por el art. 263 de la ley societaria.

Ello fue objeto de expreso pronunciamiento en el caso "Cerámica Milano Sociedad Anónima", de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, del 21 de junio de 1974, en el cual se resolvió que si bien la ley 19.550 no contiene disposiciones que obliguen a integrar el directorio de una sociedad anónima con un número de miembros que permita aplicar perfectamente el sistema de voto acumulativo que, conforme lo establece su art. 263, se realiza hasta sobre un tercio de las vacantes a llenar, habiendo sido notificada la sociedad del ejercicio del sistema del voto acumulativo por un accionista, toda reducción o aumento del número de integrantes del directorio que perjudique la expectativa normal de representación numérica de la letra y el

espíritu de la institución, al legítimo interés social de la comunidad expresada en la norma y a la debida lealtad entre todos los componentes de la entidad.

La jurisprudencia posterior y la doctrina de nuestros autores, ratificaron pacífica y reiteradamente la solución de ese justo precedente(923), el cual merece dos breves acotaciones:

a) No resulta muy comprensible la referencia que hace ese fallo y los posteriores que adhirieron a su doctrina, al "aumento" del número de integrantes del directorio, asimilándolo al supuesto de reducción pues sabido es que el incremento de directores favorece el ejercicio del voto acumulativo, aumentando las posibilidades de la minoría de ingresar al directorio, mediante la utilización del sistema de referencia, pues cuanto mayor es el número de vacantes a llenar, menor es la participación accionaria que es requerible para cubrir una de las vacantes.

b) La aplicación de la doctrina del caso "Cerámica Milano SA" solo es aplicable cuando, con carácter previo a la decisión social de la reducción del número de integrantes del directorio, uno de los accionistas haya notificado su voluntad de utilizar el sistema, pues, como bien se ha resuelto por otro precedente, no se produce la violación de las normas del voto acumulativo del art. 263 de la ley 19.550, cuando la sociedad no estuvo anoticiada del ejercicio del sistema de voto acumulativo por ningún interesado, no existió ninguna moción fuera de la tratada y aprobada en ese acto asambleario(924).

Haciendo uso de tales precedentes, fue anulada otra maniobra ideada por la mayoría accionaria, consistente en hacer presentar la renuncia a los directores elegidos por ella, las cuales fueron aceptadas por la misma asamblea que resolvió remover sin causa a los directores elegidos por voto acumulativo, para proceder, en ese acto asambleario, a reducir el número de directores y elegir exclusivamente a los directores renunciantes. Esa actuación fue calificada por el Tribunal como "una burda e infantil maniobra" puesta en práctica para violar la norma del art. 263, pues a pesar de que cada uno de los actos que integró el proceso mencionado es en sí legítimo y válido, su ilegitimidad resulta de la consecuencia final(925).

Posteriormente, el 15 de julio de 1982, la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos "Godoy Achar, Eulogio c/ La Casa de las Juntas SA"(926)debió pronunciarse sobre la validez de una cláusula estatutaria, incorporada con posterioridad al acceso al directorio, por una minoría, a través del sistema previsto por el art. 263, conforme a la cual se creaba un consejo de vigilancia como órgano de control, que el estatuto original de la sociedad demandada no había previsto.

Recuérdese, para comprender los antecedentes fácticos de la cuestión, que de conformidad a la redacción original del art. 280, LSC: "El estatuto podrá organizar un consejo de vigilancia, integrado por 3 a 15 accionistas, designado por la asamblea conforme a los arts. 262 y 263, reelegibles y libremente revocables. Cuando el estatuto prevea el consejo de vigilancia, los arts. 262 y 263 no se aplicarán en la elección de directores".

Se pretendió, con aquella reforma estatutaria, desplazar la utilización del mecanismo previsto por el art. 263, LSC, del directorio al consejo de vigilancia, al cual se dotó, además, de un número de integrantes muy inferior al de los directores intervinientes.

El Tribunal, fundándose en la doctrina del abuso de mayorías y la necesaria preservación del sistema previsto por el art. 263, anuló esa reforma estatutaria, con el argumento de que el reconocimiento de la condición de director elegido por acumulación de votos de un representante del grupo minoritario de accionistas, determina la prohibición de que una reforma del estatuto pueda impedir, a quienes lograron imponer un director a través del sistema previsto por el art. 263, LSC, que lo sigan haciendo en esa calidad.

Este precedente motivó que la ley 22.903, de reformas a la ley 19.550, modificara la redacción del art. 280, desplazando solo la utilización del sistema del voto acumulativo en favor del consejo de vigilancia, solo cuando los miembros del directorio son elegidos por este órgano.

Cabe recordar asimismo, que la ley 22.903 siguiendo los argumentos del fallo de la sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial, del 20 de noviembre de 1982, en autos "Schettini José c/ GASA Gasonera Argentina SA"[927], y reformando el texto original del art. 263, terminó con otra maniobra tendiente a desvirtuar el procedimiento del voto acumulativo, mediante el simple recurso de la mayoría, de transferir sus tenencias accionarias en beneficio de terceros ficticios, para superar a las verdaderas minorías en la elección de directores en el tercio de las vacantes reservadas para la utilización de tal sistema, exigiéndose, a partir de la vigencia de aquella ley, y como requisito de validez de la elección, que los votos que representen el sistema ordinario o plural, y con los cuales deben cubrirse las dos terceras partes del directorio, deben reunir por lo menos, la mayoría absoluta de los votos presentes.

Sin embargo, ello no fue suficiente para poner freno a la inagotable imaginación que despierta la necesidad de frustrar los derechos concedidos por el sistema en análisis, y es habitual, como ya fuera expuesto, que la mayoría se desdoble en grupos minoritarios inferiores a la verdadera minoría, emitiendo sus votos (mayoría y minoría o minorías ficticias) en favor del mismo candidato, procediendo a sumar todos los votos obtenidos por este. Maniobras como esta, que aun no merecieron reproche jurisdiccional, ya fueron analizadas con anterioridad, a cuya lectura (y conclusiones sobre su ilegitimidad), corresponde remitir.

§ 8. Algunas consideraciones en torno a la impugnación de la decisión asamblearia que, al elegir nuevos directores de la sociedad, violó el sistema del voto acumulativo

La nulidad del acuerdo asambleario que designó nuevos directores en violación a lo dispuesto por el art. 251 de la ley 19.550 puede ser atacado por la vía del art. 261 de la ley 19.550, cuando directamente se ignoró la voluntad del accionista que invocó ese derecho o cuando se llevaron a cabo maniobras que no reflejan el verdadero resultado de la votación (división del grupo mayoritario, sumatoria de los votos ordinarios con los de una nueva y conveniente minoría etc.). Así lo ha resuelto la jurisprudencia, haciendo prevalecer siempre las soluciones previstas por la ley 19.550 sobre cualquier acuerdo particular de algunos socios, sosteniendo que no es dudoso que la alegación de haberse utilizado ilegítimamente el régimen de voto acumulativo puede ser examinado en el marco de una impugnación de la asamblea, sin que sea menester indagar sobre la validez o invalides de los acuerdos privados que facilitaron esa utilización ilegítima, pues aún frente a acuerdos extrasocietarios válidos, el resultado de la utilización del régimen puede aparecer como ilegítimo si terminó por consagrar una injustificada exclusión del derecho de la minoría accionaria a una eventual participación en el directorio, bien que con el límite que marca del art. 261 primer párrafo de la ley 19.550[(928)].

Ahora bien, si la decisión asamblearia cuestionada no implicó una conveniente desinterpretación del sistema previsto por el art. 263 de la ley 19.550 para el grupo de control, sino que directamente suprimió la posibilidad del ejercicio de ese derecho, reduciendo al número de directores a uno o dos, esa decisión asamblearia puede ser atacada por la vía de la acción ordinaria de nulidad prevista en el art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo ella imprescriptible e inconfirmable, por existir orden público comprometido, al afectar para el futuro el ejercicio del voto acumulativo, que es un derecho esencial del accionista, que no puede ser derogado por el estatuto ni por decisión asamblearia de ninguna naturaleza.

Si el accionista impugnante, frustrado en la utilización del sistema de voto acumulativo, resuelve cuestionar la decisión asamblearia que afectó su derecho a elegir directores por aquel sistema, debe también probar que de acuerdo con las prescripciones legales que gobiernan este tipo de voto, habría tenido éxito en la elección de algún director, es decir, que hubiera constituido una minoría suficiente en los términos del art. 263 de la ley 19.550[(929)].

§ 9. ¿Debe la sociedad aumentar el número de directores cuando un accionista notifica su derecho de voto acumulativo, y el órgano de administración es inferior a tres integrantes?

Este es otra cuestión debatida y que podría resumirse de la siguiente manera: ¿debe la sociedad —cuyo directorio contaba con uno o dos directores— aumentar el número de ellos ante la notificación de uno de los accionistas de ejercer el voto acumulativo en la asamblea donde se renovarán las autoridades de la sociedad? Ello ha sido descartado por la jurisprudencia, con el argumento

de que, en tanto el art. 255 de la ley 19.550 admite que el directorio puede conformarse con uno o más directores, la posibilidad que tienen los accionistas de utilizar el sistema de voto acumulativo no impone la necesidad de que el órgano de administración de la sociedad deba integrarse como mínimo con tres personas(930).

Sin embargo, las circunstancias no son siempre las mismas para resolver todos los casos en el mismo sentido y así ocurrió en el caso "Inversores del Paraná SA y otros c/ Marnila SA y otros s/ ordinario", dictado por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el 29 de agosto de 2012, que presentaba una especial característica: que quienes adquirieron la calidad de accionistas de una sociedad cuyo estatuto preveía la cantidad de directores en tres, se habían incorporado al ente, conociendo de antemano que el procedimiento de voto acumulativo para elegir a un director, podría llevarse a cabo en cualquier momento. Así las cosas, y con razón, el tribunal resolvió que, no estando controvertido que, salvo un determinado período de tiempo, el órgano de administración siempre estuvo conformado por tres directores, la decisión adoptada por la mayoría, de fijar un menor número de directores, proyectaría consecuencias que resultan inadmisibles. Es que la expectativa del accionista, que habría querido ejercer su derecho de votar acumulativamente, se vería frustrado sine die, máxime cuando la cantidad de dos directores no es susceptible de proporcionar un tercio de las vacantes disponibles. Bastaría entonces que la asamblea decida mantener la cantidad de dos directores, para desbaratar los derechos de los accionistas minoritarios, violándose entonces las previsiones establecidas por el art. 263 de la ley 19.550.

§ 10. Cuestionable decisión judicial en torno a la elección por voto acumulativo, cuando la minoría tiene derecho a elegir más de un director en el órgano de administración

Un interesante tema referido al ejercicio del voto acumulativo abordó la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso "La Cabaña SA y otros c/ Trainmet Seguros SA sobre ordinario", dictado en fecha 17 de julio de 2014, en el cual la asamblea resolvió no admitir el ingreso al directorio de un director por voto acumulativo, cuando en esa misma elección la misma minoría había ya cubierto una vacante por medio del mecanismo previsto en el art. 263 de la ley 19.550. Entendió el tribunal que si bien adhiere a la "uniforme jurisprudencia" que predica la nulidad de toda reducción o aumento del número de integrantes del directorio que perjudique la expectativa normal de representación numérica de las minorías, ella solo es aplicable cuando los accionistas que optaron por utilizar el mecanismo previsto por el art. 263 de la ley 19.550, fueron "absolutamente" privados de su derecho al voto acumulativo, no siendo aplicable cuando los demandantes lograron la incorporación de un candidato.

No se coincide con este razonamiento, pues la figura del voto acumulativo ha sido incorporada a la legislación societaria argentina hace más de 40 años, para asegurar a las minorías su participación en el directorio, y si bien esa integración solo puede alcanzar el tercio del número de sus integrantes, ello no significa autorizar que mediante maniobras antisocietarias, como lo es la reducción del número de directores antes del acto eleccionario, pueda privarse a la minoría de cubrir totalmente ese tercio que le asegura la normativa societaria.

Poco importa al respecto que la aludida minoría haya accedido, en esa misma elección, a la incorporación de un director en el órgano de administración de la sociedad, pues ello no es un premio consuelo que autorice la violación a lo dispuesto por el art. 263 de la ley 19.550, surgiendo evidente que cuando dicha norma se refiere "al tercio de las vacantes a llenar", éste debe considerarse el único límite previsto por el ordenamiento legal societario para que las minorías calificadas puedan integrar el directorio. De manera tal que si, por la importante participación accionaria de la minoría y mediante el ejercicio del mecanismo en análisis, ésta pueda cubrir dos vacantes en un directorio de seis, resulta contrario a toda lógica e implica un fraude a la ley autorizar la manipulación del número de directores por la mayoría, para evitar o impedir el ingreso de más de un director por parte de quienes no forman la mayoría. Sobradamente debería conocer el Tribunal de Alzada, las dificultades que debe afrontar un director en minoría, cuando es elegido por voto acumulativo, para además de privarlo de compañía, convalidando la consabida y no menos ilegítima maniobra de reducción del número de integrantes del órgano de administración, cuya invalidez la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial advirtió a poco más de un año de la vigencia de la ley 19.550, en el conocido caso "Cerámica Milano SA", dictado por la sala A de dicho Tribunal, el 21 de junio de 1974.

Art. 264.—

Prohibiciones e incompatibilidades para ser director. No pueden ser directores ni gerentes:

1) quienes no pueden ejercer el comercio;

2) los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta 10 años después de su rehabilitación; los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta 5 años después de su rehabilitación; los directores o administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta, hasta 10 años después de su rehabilitación;

3) los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos en la

constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos hasta después de 10 años de cumplida la condena.

4) los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, hasta 2 años del cese de sus funciones. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 255, 265, 369 inc. d); Código Procesal; art. 12; ley 12.990: art. 7º, inc. d); ley 17.711: art. 1º; ley 17.811: art. 42, inc. b); ley 20.266: art. 15; ley 22.315: art. 23, in fine; LSC Uruguay: art. 378.

§ 1. Prohibiciones e incompatibilidades para integrar el directorio

Como regla general, el primer párrafo del art. 264 de la ley 19.550, veda integrar el directorio de las sociedades anónimas a quienes no pueden ejercer el comercio, como por ejemplo y como consecuencia de normativas especiales, los clérigos, magistrados y jueces (art. 9º del decreto 1285/1958), interdictos y fallidos que no hayan obtenido rehabilitación (art. 107 de la ley 24.522), los escribanos (ley 12.990), los funcionarios del servicio exterior (ley 12.951) etc.

Las prohibiciones e incompatibilidades previstas en la norma en análisis no son solo aplicables a los integrantes del directorio de una sociedad anónima, sino a todos los administradores de cualquier tipo societario, y se extiende, en las sociedades anónimas, a los gerentes de la misma, sean estos especiales o generales, cuya designación y actuación está prevista en el art. 270 de la ley 19.550. La inclusión de los gerentes en tal prohibición es evidente, pues lo que se pretende es que las personas enumeradas en el encabezamiento del art. 264 no puedan ejercer actos de administración de los bienes sociales, lo cual se funda, como bien lo señala Siburu[(931)], en evidentes razones de conveniencia social, el orden público o el interés del comercio.

Es de toda evidencia que la ley 19.550, en sus arts. 264 y 265 ha arbitrado determinados mecanismos para poner fin y de una manera inmediata, a la actuación de un director que, por su anterior comercial, por desempeñar determinadas funciones o profesiones que al legislador societario de 1972 le parecieron incompatibles con el ejercicio del cargo de director de una sociedad anónima, o finalmente, por haber sido condenado en sede penal por la comisión de determinados delitos económicos, no puede continuar ejerciendo ese cargo, al quedar desdibujadas las pautas de lealtad y diligencia que son requeribles a todo administrador de sociedades comerciales (art. 59de la ley 19.550).

La mejor prueba de esa intención de legislador, es que la desvinculación del director incurso en las hipótesis previstas por el art. 264 de la ley 19.550 no puede prolongarse más allá de la asamblea que resuelva su remoción y que debe tener lugar no más allá de los 40 días de requerida su convocatoria por cualquiera de los accionistas. Interesa apuntar que solo es necesario promover

la acción judicial de remoción cuando la mayoría niegue las causales invocadas para alejar al director del órgano de administración, en cuyo caso, cualquier accionista, cualquiera sea el número de acciones de que fuera titular, los restantes directores y el síndico pueden requerir la remoción del cuestionado director en sede judicial.

Por otro lado, es importante reiterar que el primer inciso del art. 264 en análisis constituye la regla general, la cual es, en cierto modo, limitada por el inciso segundo, atento las diferencias que corresponde hacer con respecto a determinadas prohibiciones. Tal es lo que ocurre con los fallidos, cuya conducta debía ser merituada de acuerdo a su actuación en la sociedad cuya falencia ha sido decretada, pero que en la actualidad resulta totalmente inaplicable, como consecuencia de la sanción de la ley 24.522 de concursos y quiebras, que ha eliminado de nuestro régimen concursal el instituto de la calificación de conducta, sobre cuyos resultados estaba estructurado el inc. 2º del art. 264 de la ley de sociedades comerciales.

Precisamente, atento nuestro actual régimen concursal, debe interpretarse que con la desaparición del régimen de la calificación de conducta que contenía la ley 19.551, en razón de la sanción de la ley 24.522, el plazo de inhabilitación posterior a la rehabilitación quedó derogado, de modo tal que no bien el fallido quede rehabilitado, podrá desempeñarse como director o gerente de una sociedad anónima(932).

La derogación del instituto de calificación de conducta de nuestro régimen concursal dejó también sin sentido la polémica desatada en torno a la terminología utilizada por el inc. 2º del art. 264, cuando se refiere a los "concursados" a secas, a quienes dicha norma prohibía acceder al directorio por el término de cinco años después de su rehabilitación, y la cual fue objeto de múltiples interpretaciones, pues no quedaba claro si el legislador societario se refería al concursado preventivamente o al concursado civil, categoría eliminada de nuestro derecho falimentario desde la sanción de la ley 22.917 del año 1983.

Para la operatividad de la causal prevista por el art. 264 inc. 2º de la ley 19.550 es necesario que el decreto de quiebra del director de la sociedad anónima se encuentre firme(933).

Aclarado ello y continuando con el análisis del art. 264 de la ley 19.550, les alcanza asimismo la prohibición de integrar el directorio o las gerencias de sociedades comerciales a los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos y a los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondo y delitos contra la fe pública, y a los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades, en todos los casos, hasta después de diez años de cumplida la condena.

Si bien se han registrado muy pocos casos jurisprudenciales que se refieran al tema, no puede soslayarse lo acontecido entre los años 2002 y 2004 en una serie de denuncias que tramitaban por ante la Inspección General de Justicia, y mediante las cuales se pretendía el alejamiento del por entonces presidente del

directorio de las sociedades "Aerolíneas Argentinas Sociedad Anónima": "Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur Sociedad Anónima" y la controlante de ambas, la sociedad "Interinvest Sociedad Anónima", por los hechos que a continuación se expondrán.

§ 2. El caso "Mata Ramayo"

Se trataba de tres denuncias, iniciadas entre los últimos días del año 2002 y los primeros meses del año 2003. La primera de ellas y la más antigua, había sido promovida por el comandante Jorge Páez Allende contra la sociedad "Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur Sociedad Anónima" y las dos restantes habían sido efectuadas por el abogado Luis Alejandro Rizzi contra las sociedades "Aerolíneas Argentinas Sociedad Anónima" e "Interinvest Sociedad Anónima", que era, esta última, la por entonces sociedad controlante de Austral y Aerolíneas Argentinas.

El fundamento de las tres denuncias eran exactamente iguales. Se denunciaba que el director titular de las tres referidas sociedades y además presidente de la sociedad controlante de Aerolíneas Argentinas SA, la sociedad Interinvest SA, el conocido empresario español Antonio Mata Ramayo, había sido condenado por la Justicia del Reino de España por el delito tipificado en el derecho español como "alzamiento de bienes", delito equivalente al previsto por el art. 173 inc. 11 del Código Penal argentino, que legisla sobre las figuras del desbaratamiento de derechos acordados o de insolvencia fraudulenta. Sostuvieron asimismo los denunciantes que el Sr. Antonio Mata Ramayo, como consecuencia de la condena dictada en su contra, se encontraba comprendido dentro de las prohibiciones previstas por el art. 264 inc. 3º de la ley 19.550, por lo que aquellos requirieron de la Inspección General de Justicia disponga la convocatoria a una asamblea de accionistas en dichas sociedades a los fines de remover a dicho director.

Notificadas las sociedades involucradas, negaron en primer lugar a los denunciantes legitimación para efectuar las aludidas presentaciones por ante la Inspección General de Justicia, al carecer del carácter de socios, directores o síndicos de aquellas compañías. Es importante aclarar al lector que la existencia de la sentencia condenatoria dictada por el Supremo Tribunal del Reino de España en contra de Maya Ramayo no había sido objeto de negativa alguna por parte de las sociedades involucradas en el debate, las cuales sostuvieron la inaplicabilidad al caso de lo dispuesto por el art. 264 inc. 3º de la ley 19.550, por tratarse el delito de "alzamiento de bienes", por el que el aludido funcionario había sido condenado, de una figura que no estaba mencionada expresamente en la aludida norma. Finalmente, las compañías involucradas en la denuncia sostuvieron, mediante la presentación a las actuaciones administrativas de sendos dictámenes suscriptos por destacados juristas argentinos, la

inaplicabilidad del artículo en cuestión, pues la condena no había sido dictada por un tribunal argentino.

Tales eran las cuestiones que debía resolver la Inspección General de Justicia, introduciéndose en un tema en el cual la jurisprudencia nacional no registraba precedentes y la doctrina no se había detenido quizás con la profundidad y detenimiento que la cuestión merecía.

Las tres resoluciones fueron dictadas por la Inspección General de Justicia el día 17 de octubre de 2003 (resoluciones 1314, 1315 y 1316 del 2004) y en ellas se admitieron las denuncias presentadas, invocándose los siguientes fundamentos:

En las prohibiciones o incompatibilidades que el ordenamiento mercantil impone a ciertas personas para integrar el directorio de una sociedad o realizar actos de comercio, se encuentran comprometidas razones de conveniencia social, el orden público o el interés del comercio, por lo que, ante un supuesto en donde se encuentra en juego la incursión por un director en la hipótesis prevista por el inc. 3º del art. 264 de la ley 19.550, la Inspección General de Justicia está compelida a intervenir, en cumplimiento de su deber de fiscalizar y controlar.

Como ha sido dicho por los legisladores de la ley 19.550 en su Exposición de Motivos, la importancia de las sociedades anónimas incluidas dentro del art. 299 y la influencia económico-social que ellas ejercen, cuyo funcionamiento excede el interés individual de los titulares del capital para comprometer el interés público y el bienestar general, la fiscalización que sobre ellas debe ejercer el Estado en forma permanente, constituye una cuestión de evidente orden público, para cuyo ejercicio no es necesario la previa intervención de particulares.

Una simple lectura de lo dispuesto por los arts. 299 a 307 de la ley 19.550 revela con meridiana claridad que todas las facultades que este ordenamiento legal ha conferido a la Inspección General de Justicia para el cumplimiento de la labor de fiscalización permanente puesto en cabeza de este Organismo sobre las sociedades incluidas en el art. 299, pueden y deben ser ejercidas de oficio, por lo que carece de toda importancia determinar si la actuación que le corresponde a la autoridad de contralor se lleva a cabo en forma directa por la misma o merced a una denuncia de particulares.

Todas las elucubraciones efectuadas sobre una supuesta falta de legitimación del sujeto denunciante carecen de toda trascendencia para evitar la intervención de la Inspección General de Justicia en un asunto donde está comprometido el orden público y el interés general, pues estos son los elementos que inspira la actuación de la Inspección General de Justicia cuando se trata de una de las sociedades sujetas al control permanente del Estado.

La aplicación de las prohibiciones o incompatibilidades previstas por el art. 264 inc. 3º de la ley 19.550 no puede hacerse como si se tratara de un proceso penal, en donde la tipicidad adquiere valor fundamental a los fines de encuadrar la conducta de una persona dentro del ordenamiento represivo. La norma del art. 264 del ordenamiento societario no constituye una sanción penal, sino que contempla la idoneidad moral que la ley exige para el desempeño de la función

directorial y por ello la télesis del art. 264 inc. 3º radica en la necesidad de evitar el ingreso o desempeño de una persona física como director de una sociedad anónima, cuando éste hubiere incurrido en una serie de delitos que dicha norma menciona a título de ejemplo.

Carecería de toda congruencia sostener la inclusión de una persona física dentro de las prohibiciones previstas por el art. 264 inc. 3º de la ley 19.550, si se tratara de un condenado por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fe público o los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades, sin predicar un destino idéntico a quien ha sido condenado por el delito de insolvencia fraudulenta prevista por el art. 179 inc. 2º del Código Penal.

Las conductas previstas por el art. 264 inc. 3º de la ley 19.550 tienen un común denominador: son todas ellas actuaciones que no son compatibles con el estándar de conducta previsto por el art. 59 de la ley 19.550, pues no se compadece con la lealtad y diligencia que debe observar un buen hombre de negocios quienes han sido condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos, delitos contra la fe pública o delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades comerciales. Si a todos estos sujetos la ley le veda acceder al directorio de una sociedad anónima, no puede correr mejor suerte aquel que ha sido condenado por el delito de insolvencia fraudulenta.

Las prohibiciones contenidas en el art. 264 de la ley 19.550 no configuran incapacidades de derecho —inaplicables por analogía a otros supuestos— sino meras inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, no sometidas a las normas que gobiernan las incapacidades.

Dentro de la norma del art. 264 inc. 3º de la ley 19.550 debe incluirse a los delitos sobre quebrados y otros deudores punibles, pues una interpretación armónica y congruente de dicha disposición legal con lo dispuesto por el inc. 2º de la misma, que prohíbe ser director y gerente a los fallidos, lleva a la evidente conclusión que quienes han incurrido en los delitos previstos en los arts. 176 a 180 del Código Penal, carecen de idoneidad para integrar el órgano de administración de una sociedad comercial o desempeñar el cargo de gerente de la misma.

Si las figuras descriptas en el art. 264 inc. 3º de la ley 19.550 constituyen delitos contra el patrimonio o contra la fe pública, revelando una conducta que traduce falta especial de idoneidad para el cargo, mal puede descartarse a la insolvencia fraudulenta prevista por el art. 179 del Código Penal —la versión argentina del delito español de "alzamiento de bienes" — como actuación ajena al ámbito de las prohibiciones contenidas en aquella norma, en tanto esta conducta está incluida dentro de los delitos contra la propiedad a los cuales se refiere el Título VI del Código Penal. Argumentar lo contrario autorizaría sostener la exclusión de la figura de la estafa de las prohibiciones previstas por el art. 264 inc. 3º de la ley 19.550, por la sencilla razón de estar comprendida dentro de la letra de dicha norma, interpretación que consideramos inadmisible.

Nada obsta a que el art. 264 inc. 3º de la ley 19.550 sea aplicable a los directores que han sido condenados en otro país, y para concluir de esta manera debe tenerse en cuenta que dicha norma no debe ser aplicada como si se tratara de una norma del ordenamiento represivo, en tanto el art. 264 inc. 3º de la ley 19.550 se limita a mencionar una serie de actuaciones que, de haber incurrido en ellas el director de una sociedad anónima o quien pretenda serlo, lo inhabilitan para continuar o acceder a ese cargo. En consecuencia, si quien ha incurrido en una de las conductas reprochables descriptas en la mencionada norma tiene prohibido ocupar funciones en el directorio, carece de toda virtualidad limitar los efectos de esa conducta a un ámbito de actuación determinado, pues interpretar de tal manera implicaría frustrar el objetivo y finalidad de la norma que es, se reitera, preservar la idoneidad en el ejercicio del cargo de director de una sociedad anónima.

Por todos esos fundamentos, la Inspección General de Justicia resolvió concretamente: 1) Intimar a las sociedades denunciadas para que dentro del plazo de 30 días, arbitre las medidas necesarias a los efectos de desvincular al Sr. Antonio Mata Ramayo del directorio de las mismas, así como de cualquier gerencia que desempeñe en ellas, habida cuenta la inclusión del Sr. Antonio Mata Ramayo dentro de las conductas previstas por el art. 264 inc. 3º de la ley 19.550; 2) Aplicar a las sociedades denunciadas una importante multa dineraria, por haber incurrido en una actuación incompatible con su obligación de informar al Organismo de Control la veracidad de la existencia de la sentencia condenatoria dictada en el Reino de España contra el Sr. Antonio Mata Ramayo.

Apeladas todas las resoluciones ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, ésta se pronunció el 17 de junio de 2004, a través de un fallo de la sala A, la cual si bien reconoció acertado el criterio de la Inspección General de Justicia de intervenir oficiosamente ante un supuesto en donde se encontraría comprometido la actuación de un director incurso en la situación prevista por el inc. 3º del art. 264 de la ley 19.550, con prescindencia de la legitimación del denunciante, resolvió que no correspondía que el Organismo de Control reemplace en forma directa la voluntad social, ordenando a la sociedad la obligación de desvincular al director que había incurrido en la situación prevista por dicha norma, en tanto la Inspección General de Justicia no tiene facultades directas para ello, debiendo por el contrario, cuando razones de orden público lo ameriten, haber puesto en marcha los mecanismos jurisdiccionales pertinentes que podrían concluir con la remoción del director a quien se señala como incurso en causal de inhabilitación(934). Finalmente, y coincidiendo esta vez con la Inspección General de Justicia, el tribunal de alzada confirmó la multa impuesta a las sociedades denunciadas, por los motivos expuestos en las respectivas resoluciones.

Resulta muy difícil coincidir con el fundamento de este criterio, pues una interpretación armónica con los principios en juego, obligan a concluir que cuando se trata de un director incurso en la causal de inhabilitación o prohibición prevista por el art. 264 inc. 3º de la ley 19.550, y la sociedad anónima denunciada se encuentra sometida al control estatal permanente por estar incluida en lo dispuesto por el art. 299 inc. 5º del referido ordenamiento legal (explotación de servicios públicos), esto es, por mediar interés público y razones de soberanía

en ese control, pueda resultar adecuado a derecho que la Inspección General de Justicia, que se encuentra a cargo de la fiscalización permanente de dicha compañía, deba soportar impasible, por parte de la mayoría del grupo controlante de éstas, una decisión contraria a la remoción con causa de este funcionario, máxime cuando no existía la menor discusión sobre la existencia de la condena judicial recaída sobre el mismo, dictada por el más alto tribunal del Reino de España.

Cabría preguntarse entonces como correspondía actuar a la autoridad de control en una emergencia semejante: ¿Debía solo intimar a las autoridades de la sociedad para convocar a una asamblea de accionistas, a los fines de debatir una remoción que se imponía efectuar nada más ni nada menos que por imperio de una expresa disposición legal, de evidente orden público? Todo lleva a interpretar que la promoción de ulteriores acciones judiciales ante la negativa de la asamblea de accionistas de desvincular a un director incurso en esa conducta es actuación requerible a los accionistas o autoridades internas de la compañía, pero no a la Inspección General de Justicia, órgano encargado, por expresa manda legal, de fiscalizar en forma permanente a determinadas sociedades anónimas, por el interés nacional que se encuentra comprometido en su funcionamiento.

En cumplimiento de ese fallo, la Inspección General de Justicia procedió de inmediato a promover una demanda judicial de remoción, pero hechos posteriores tornaron abstracto continuar con tales actuaciones: a finales del año 2005, en el marco de un duro enfrentamiento que Antonio Mata Ramayo sostenía por ese entonces con los gremios aeronáuticos ligados al oficialismo, y por la mala imagen que este empresario mantenía con el Poder Ejecutivo Nacional, sus socios españoles le compraron su participación en la sociedad "Marsans" —controlante directa de Interinvest SA e indirecta de Austral y Aerolíneas Argentinas— y lo desvincularon del directorio de todas estas compañías. Ello puso fin a un juicio que ni siquiera debió nunca comenzar.

§ 3. La prohibición que pesa sobre los ex funcionarios de la administración pública para integrar el directorio de sociedades anónimas

Finalmente, el inc. 4º del art. 264 de la ley 19.550, contempla una causal de incompatibilidad, que se refiere a los funcionarios de la administración pública, cuyo desempeño se relaciona con el objeto de la sociedad, los cuales no podrán ser directores hasta dos años del cese de sus funciones.

Debe recordarse que el texto original del inc. 4º del art. 264 incluía esa prohibición, en los mismos términos y alcances que lo hace actualmente la norma en análisis, aun cuando esa disposición fue modificada con posterioridad a la sanción del texto original de la ley 19.550 por la ley 22.458 (y luego derogada

por la ley 22.903), que limitó tal incompatibilidad exclusivamente durante el ejercicio de las funciones en la administración pública.

Compartimos la solución dada por la ley 22.458, pues nada justifica que quien ha desempeñado una función pública, de por sí transitoria, con honestidad y probidad, deba esperar un lapso de dos años para reintegrarse al sector privado, con el perjuicio que ello le ocasiona(935).

La Exposición de Motivos de la ley 22.903 ha justificado la vuelta al texto original, ponderando la función moralizadora de la norma, evaluando el sentido ético y de corrección administrativa que inspiró la norma originaria, pero ello no convence. Nada justifica crear una presunción de parcialidad o corrupción sobre todos los funcionarios de la administración pública, ni creemos tampoco que esa incompatibilidad ponga algún tipo de frenos para quien, ocupando la función pública, haya actuado en forma censurable. La disposición legal en análisis es otro ejemplo que pone de manifiesto que no debe generalizarse mediante normas que contemplen como lo habitual, situaciones que deben ser consideradas como excepcionales, pues si así se procede, lo corriente es que paguen justos por pecadores. Por ello, estimamos irrazonable que, quien ha cumplido idóneamente sus funciones en la administración pública, deba esperar dos años para reintegrarse a lo que siempre fue su medio habitual de subsistencia. La solución legal perjudica incluso a la empresa, quien se verá privada, por efecto de tal incompatibilidad, de tener en su administración a un funcionario idóneo y eficaz.

§ 4. Efectos de la violación a lo dispuesto por el art. 264 de la ley 19.550

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 265 de la ley 19.550 la infracción a lo dispuesto por el art. 264 autoriza la inmediata remoción del director que ha accedido al directorio no obstante encontrarse incurso en las prohibiciones e incompatibilidades previstas por esta norma.

Acertadamente, la ley 19.550 no hace trascender la infracción de lo dispuesto por el art. 264 a terceros ajenos a la sociedad, para quienes los problemas internos de funcionamiento del ente son totalmente inoponibles. Los actos celebrados por quienes se encuentran incursos en tales prohibiciones o incompatibilidades son válidos y vinculantes para la sociedad, con lo cual el art. 265 de la ley 19.550, consagra una importante excepción a las reglas generales previstas en materia de nulidad por incapacidad de derecho, de manera tal que los actos celebrados por el presidente de la sociedad (incurso este en las hipótesis previstas por el artículo en análisis) en representación del ente, serán obligatorios para la sociedad, quien no podrá invocar a quienes contrataron con ella, las prohibiciones o incompatibilidades previstas legalmente para eximirse de las obligaciones contraídas.

Art. 265.—

Remoción del inhabilitado. El directorio, o en su defecto el síndico, por propia iniciativa o a pedido fundado de cualquier accionista, debe convocar a asamblea ordinaria para la remoción del director o gerente incluido en el art. 264, que se celebrará dentro de los 40 días de solicitada. Denegada la remoción, cualquier accionista, director o síndico puede requerirla judicialmente.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 15, 234, 264. LSC Uruguay: art. 378.

§ 1. Remoción de los directores de la sociedad anónima

Este artículo se refiere expresamente a la remoción de los directores de las sociedades anónimas que han incurrido en las causales de prohibición o incompatibilidad previstas por el art. 264 de la ley, estableciendo un procedimiento de remoción que se caracteriza por su agilidad y sencillez.

Sin embargo, y antes de analizar el supuesto, nos abocaremos al problema general de la remoción de los directores, que, salvo disposiciones aisladas (arts. 114, 241, 276, etc., LSC), no se encuentra orgánicamente legislada por el ordenamiento societario, como hubiera resultado deseable. Por ello, y aun cuando el art. 265 se limita exclusivamente al problema del director inhabilitado, consideramos aplicable el procedimiento allí establecido, para la remoción con causa de los directores, cualquiera fueren las causas invocadas para ello.

Como sostuvimos al comentar el art. 257 de la ley 19.550, esta norma ha establecido la posibilidad de remover a los directores de la sociedad anónima sin necesidad de invocación de causa, para dejar las manos libres a la asamblea de accionistas a los fines de modificar la composición del directorio cuantas veces lo crea necesario. Por ese fundamento, la remoción sin causa, o "revocación", como la llama el art. 256, es mecanismo expresamente autorizado para la asamblea de accionistas, como facultad exclusiva del órgano de gobierno de la sociedad (art. 234), y no es otorgado a los accionistas a título particular.

Las diferencias entre la remoción con causa y sin causa de los directores son las siguientes:

1) Cuando media justa causa de remoción, ella puede ser pedida o forzada judicialmente no solo por la sociedad sino también individualmente por cualquier accionista, con independencia de la decisión de la mayoría (art. 114, LSC), pues, como lo explica Zaldívar[936], ningún accionista puede ser obligado a tolerar en la administración a una persona manifiestamente incapaz, inidónea o infractora a la ley, estatuto o reglamento.

2) El director sometido a remoción con causa no puede, como accionista, emitir su voto en la correspondiente decisión asamblearia (art. 241, LSC).

3) La remoción sin causa no impide al director removido ser elegido nuevamente para el cargo. Lo contrario sucede en el caso de la remoción con causa, aunque debe destacarse que en este caso, la ley ha omitido establecer los plazos o períodos durante el cual durará esta virtual inhabilitación para ejercer el cargo, lo cual obligará a la promoción de las acciones penales correspondientes, cuando ello fuera procedente, para incluir al director infractor en la hipótesis prevista por el art. 264, inc. 3º de la ley en análisis. Diferente es el caso cuando la remoción con causa se funda en la existencia de las prohibiciones o incompatibilidades previstas por el art. 264, pues en tal caso, la cuestión se resuelve en mérito a la desaparición de la incompatibilidad o situación prohibida o al transcurrir los plazos fijados en las respectivas normas[937].

4) El director removido con invocación de causa puede discutir judicialmente la existencia o veracidad de los fundamentos esgrimidos para lograr su alejamiento del directorio.

Un problema interesante lo constituyen los efectos de la decisión judicial que declara nulo el acuerdo asambleario que ha removido un director con invocación de causa, por no resultar justos o razonables los motivos invocados por la sociedad.

Zaldívar y Halperin sostienen que esa decisión podrá generar un eventual resarcimiento contra la sociedad por los daños causados, por cuanto ella pudo afectar seriamente a la persona del director[938], pero nunca podrá permitir el reingreso al directorio del director afectado, pues la impugnación de la decisión social que lo ha removido por falsos motivos, no comprende la remoción en sí, sino las causas invocadas para ello[939].

No compartimos ese pensamiento. Admitimos las diferencias entre la remoción con causa y sin causa de los directores, y habida cuenta que el art. 256 de la ley 19.550 permite la libre revocabilidad de los mismos, sin necesidad de invocar los fundamentos en que la mayoría se basa para alejarlos del cargo, si los administradores han preferido someter a la asamblea la consideración de la remoción con causa de uno de ellos, exponiendo a los accionistas, en el recinto asambleario, los motivos en que se fundan para separarlo del cargo, que luego son desvirtuados por una sentencia judicial, es de toda evidencia que la sociedad debe soportar la actuación de sus propios órganos, en la medida en que si la asamblea de accionistas tuvo facultades para removerlo sin justa causa, y optó por el camino de invocar motivos falsos o insuficientes, no se encuentran argumentos atendibles para sostener que esa resolución judicial no tenga fuerza

para restituirlo en el cargo por el período que le falta hasta la terminación de su mandato.

De lo contrario, el funcionamiento de la sociedad quedaría en manos de una mayoría abusiva, que a su solo arbitrio podría desplazar a un director, lo cual no solo causa perjuicios al mismo, sino también a la propia sociedad, que se vería privada de un administrador eficiente o respetuoso del estándar de conducta previsto por el art. 59 de la ley societaria.

Por otro lado, si ha sido admitido, en forma pacífica y reiterada, que el abuso de mayorías constituye legítima causa de impugnación de actos asamblearios, no se advierten las razones por las cuales las decisiones asamblearias que remueven a un director invocando falsas causas no se encuentren incluidas en la norma del art. 251 de la ley 19.550 y menos aún, que la decisión judicial que declara la nulidad de la misma, no pueda tener sus efectos característicos, que no son otros que la vuelta de las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050, Código Civil).

Con otras palabras, y al no poder asimilarse la remoción con causa a la sin causa, la cual se encuentra excluida de la impugnabilidad prevista por el art. 251 de la ley 19.550, la decisión asamblearia que remueve un director mediante falsos motivos, queda indudablemente sometida a dicha norma, en la medida que ese acuerdo, aprobado bajo premisas inexactas, constituye un claro ejemplo de violación de la ley y abuso de mayorías, encontrándose legitimado para promover la acción de nulidad, no solo el director afectado, sino también cualquiera de los sujetos legitimados por el art. 251, en tanto resulta inadmisible que deba consentirse un acuerdo asambleario adoptado por el solo arbitrio del grupo mayoritario, que ha inventado falsas causas de remoción para separarlo de su cargo.

La impugnabilidad judicial de tal acuerdo resulta evidente también a los fines de responsabilizar a los accionistas que han aprobado el mismo, conforme lo dispone el art. 254 de la ley societaria. De no llegarse a esta conclusión, se otorgaría un bill de indemnidad a los accionistas que han emitido su voto en contra del interés social y abusando de su poder mayoritario, lo cual constituye, cuanto menos, una actuación extrasocietaria, susceptible de nulidad y resarcimiento (arts. 54, in fine y 254, LSC).

Puede suceder también que frente a determinadas inconductas de un director, integrante del grupo mayoritario, se resuelva removerlo sin causa, para evitarle los problemas que se derivan de la ventilación de sus ilegítimas actuaciones. Tal decisión puede ser impugnada por aquellos accionistas que pretenden el alejamiento del director por justa causa, habida cuenta los diferentes efectos que uno y otro acuerdo asambleario producen en orden, especialmente, a la inhabilitación del mismo para emitir su voto y para acceder nuevamente al cargo.

§ 2. La acción judicial de remoción de los directores

Admitido ya que, mediando justa causa de remoción, ella puede ser pedida o forzada judicialmente no solo por la sociedad, sino también individualmente por cualquier accionista, con independencia de la mayoría, nos abocaremos a analizar algunas cuestiones relativas a la acción judicial de remoción.

La acción de remoción de uno o varios directores, promovida por determinados accionistas de la sociedad, ha sido denominada como acción de remoción uti singulis y siempre reviste la naturaleza de una acción social y no individual, en tanto lo que el actor persigue no es una ventaja personal, sino adecuar el funcionamiento de la sociedad a la ley, el estatuto o reglamento, desplazando a un administrador que desempeñaba su cargo sin la necesaria lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, conforme lo prescribe el art. 59 de la ley 19.550. Ello reviste fundamental importancia en orden al pago de la tasa de justicia y para la regulación de honorarios correspondiente, debiendo repararse asimismo que dicha acción no tiene un contenido patrimonial directamente ponderable, careciendo el mismo de monto concreto, en los términos del art. 6º, inc. a) de la ley 21.839.

La acción de remoción de los directores así promovida, no debe ser confundida con la acción de responsabilidad, pues la primera tiende a desplazar de su cargo a uno, varios o todos los integrantes del órgano de administración de la sociedad demandada, y no se requiere que la misma haya sufrido daños y perjuicios, bastando al respecto el incumplimiento de sus funciones. Pero si además este incumplimiento provocó efectivos daños a la compañía, pueden entonces acumularse ambas acciones, quedando claro que la independencia que existe entre ambas pretensiones evita que pueda rechazarse la acción de remoción con causa cuando ha transcurrido el plazo previsto por el art. 276 de la ley 19.550 para promover las acciones de responsabilidad, como alguna vez equivocadamente ha sido sostenido[940], pues rige para la acción de remoción de los administradores el plazo de cinco años de prescripción previsto por el art. 2560 del Código Civil y Comercial.

Aclarado ello y entrando de lleno a las especiales características que presenta la acción de remoción de los directores de las sociedades anónimas, debe tenerse presenta, en primer lugar, que la acción social individual de remoción de los directores puede ser intentada, no solo por los accionistas disconformes con la decisión social que ha rechazado el alejamiento del cargo de aquellos, sino también por los directores y el síndico de la sociedad, habida cuenta, en este último caso, la obligación de este funcionario de custodiar la legalidad de la actuación de la sociedad. Ya sostuvimos con anterioridad, la legitimación del síndico societario para exigir la intervención judicial de la sociedad, a cuyos argumentos corresponde remitirse.

Por otra parte, si bien el art. 114 de la ley 19.550, que legisla sobre la medida cautelar específica de la acción de remoción de administradores, esto es, la intervención judicial de la sociedad, solo legitima al socio a pedirla, dicha norma cede ante la clara disposición del art. 265 del mismo ordenamiento legal, que se refiere a la acción de remoción del director, aun cuando la misma se circunscriba

a la hipótesis prevista por el art. 264 del mismo cuerpo legal, pues no hay motivos para diferenciar entre el mecanismo previsto por aquella norma y otros supuestos de remoción de directores con justa causa.

Ahora bien, la posibilidad de intentar la acción individual de remoción de los directores se encuentra subordinada al previo cuestionamiento, dentro del ámbito societario, de la presunta mala administración de los imputados, invocando personalmente las causas de remoción. Ello surge de lo dispuesto por los arts. 114, 274, y 276 de la ley societaria. Es decir, que el accionista que reclama la remoción con causa de uno o varios directores, debe probar que ha satisfecho la exigencia de agotar los recursos societarios, acreditando que ha reclamado infructuosamente la celebración de una asamblea de accionistas para que considere esos hechos. Esa actividad, sin embargo, no debe llevar al extremo de exigírsele la convocatoria a asamblea judicial de accionistas, pues como ha sido sostenido por la jurisprudencia, en forma acertada, pretender que antes de acceder a la vía judicial [para pedir la remoción de los directores], es necesario acceder previamente a la vía judicial [para reclamar la convocación judicial a asamblea], resulta sencillamente absurdo, y tanto más cuanto ese desleal planteo, moral y jurídicamente inadmisible, es formulado por los directores que debieron convocar a asamblea y no lo hicieron(941).

El agotamiento de los recursos previstos por el contrato social debe también ser exigido para los otros legitimados para iniciar la acción de remoción, con las siguientes aclaraciones: a) En cuanto al director que reclama la remoción con causa de otros integrantes del órgano de administración, le basta con acreditar el fracaso de la reunión de directorio, de conformidad con lo dispuesto por el art. 267, párrafo 1º in fine, y b) En lo que respecta al síndico societario, este debe probar que ha convocado a asamblea ordinaria para la remoción de los directores (art. 265 de la ley 19.550).

El agotamiento de los requisitos previstos por el contrato social no es requisito exigible cuando por las circunstancias del caso, ello constituiría un trámite absolutamente inútil que solo implicaría una pérdida de tiempo y además, la posibilidad que, por la actuación de los directores cuestionados, pueda la sociedad seguir sufriendo los perjuicios que, en su patrimonio, la promoción de la acción de remoción intenta poner fin(942). Del mismo modo, tampoco es exigible al peticionante una actividad extrajudicial cuando la gestión del director cuya remoción con causa se pretende ha sido aprobada en la asamblea de accionistas, pues ello aleja toda posibilidad de que la sociedad deduzca acciones contra el mismo(943).

Si la asamblea de accionistas ha rechazado la remoción del director imputado, es presupuesto básico para la promoción de la acción de remoción del mismo, la impugnación de dicho acuerdo asambleario, pues de lo contrario, tal resolución debe ser considerada firme y obligatoria para todos los accionistas (art. 233 de la ley 19.550).

Son sujetos legitimados pasivamente en la acción de remoción, no solo la sociedad, a quien se la demanda para que proceda a la modificación de uno de sus órganos, sino también el sujeto cuya inconducta se le imputa, pues como

acertadamente ha sido sostenido, resulta evidente que frente a la invocación de inconductas por parte de un director, este debe ser llamado personalmente al proceso y oírsele sobre el atribuido mal desempeño, pues jamás podría removerse de su cargo a tal persona, sin antes reconocérsele la posibilidad de ejercer su defensa(944).

Para la procedencia de la acción de remoción de un director no resulta indispensable la prueba de la existencia de daños concretos a la sociedad. Coincidimos con la jurisprudencia dominante en el tema, conforme a la cual, para la admisibilidad de la acción de remoción de los directores, a diferencia de las acciones de responsabilidad que contra los mismos se promuevan, no es necesario que su actitud haya originado un daño al patrimonio social, sino que será suficiente que los directores hayan dejado de cumplir con las obligaciones a su cargo, entendiéndose por tales los deberes de obrar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, impuestos a todo administrador social de acuerdo con lo prescripto por el art. 59 de la ley 19.550, lo que incluye también cuestiones formales u otras que, excediendo tal marco, no importen daños concretos(945).

La jurisprudencia ha aceptado, como suficiente causa de remoción de los directores de una sociedad anónima, las siguientes inconductas:

a) No haber confeccionado los estados contables de la sociedad y no haber convocado a asamblea de accionistas para considerar los mismos(946).

b) La omisión en convocar a una inmediata asamblea de accionistas para considerar y decidir la renuncia del síndico titular(947).

c) el abandono de la actividad social y comercial de la sociedad(948).

d) La violación al derecho de información de los accionistas, el deber de impugnar las asambleas contrarias a la ley, el estatuto o reglamento y haber permitido el retiro de utilidades anticipados por parte de los socios, a cuenta de dividendos futuros, en contravención con lo dispuesto por los arts. 68 y 224 de la ley 19.550(949).

e) La teneduría de los libros de comercio, con considerable atraso(950).

f) La existencia, en el libro de actas, de actas antedatadas, sin justificación alguna(951).

Por el contrario, nuestros tribunales han desestimado la remoción de los directores de una sociedad anónima, basado en la desaparición de la affectio societatis(952)o cuando el directorio ha retenido las acciones de algunos miembros del directorio, si los titulares de las mismas no han sostenido que ello impidió algún acto concreto respecto de las mismas o el ejercicio del derecho societario cuya tenencia les hubiera permitido(953), criterio de legitimidad más que dudosa, porque salvo en situaciones verdaderamente excepcionales, la sociedad no puede retener los títulos accionarios de los integrantes de la sociedad.

Puede ocurrir que con posterioridad a la promoción del juicio por remoción de uno o varios integrantes del directorio, la asamblea de accionistas resuelva separar de sus cargos a los mismos, nombrándose en su reemplazo a otros individuos. Ante tal circunstancia, la jurisprudencia ha entendido que ello altera los presupuestos de la acción intentada, provocando el fenecimiento prematuro de la demanda de remoción, al haber desaparecido el presupuesto fáctico más elemental de la misma, esto es, la de que la persona cuya remoción se persigue, ejerza la titularidad del cargo del que quiera privárselo[954]. Tal criterio debe ser compartido, aun cuando debe destacarse que tal circunstancia no altera la responsabilidad de los directores imputados, sobre los cuales puede proseguirse o iniciarse las acciones de responsabilidad correspondiente (arts. 274, y ss. de la ley 19.550).

§ 3. Remoción del presidente del directorio. Facultades de la asamblea de accionistas

Si bien ha sido sostenido por la jurisprudencia que el cargo de presidente del directorio solo es revocable por determinación de quien ha tenido atribución o facultades para conferirlo[955], de modo tal que si el acto fundacional se delegó en el directorio, la facultad de designar presidente y vicepresidente, cabe concluir que el mismo órgano tiene atribuciones para disponer el cese de tal elección, ello es, a mi juicio, manifestación equivocada, toda vez que:

a) El presidente del directorio reviste, antes que nada, el carácter de director de la sociedad, de manera que nada impide el pleno funcionamiento de la norma del art. 256 de la ley 19.550, que permite a la asamblea revocar en cualquier momento su revocación en el cargo.

b) Que aun cuando se trate del desplazamiento del director en el cargo de presidente y no de su carácter de director, ello de manera alguna resta posibilidades a la asamblea de removerlo de este último cargo, pues se trata, nada más ni nada menos, que de la persona que tiene a su cargo, por propia definición, la representación del ente, de manera tal que, frente a la realización por el presidente del directorio de actos perjudiciales para la sociedad, el órgano de gobierno puede actuar en forma inmediata, cuando los demás directores no adopten decisión al respecto, y si el órgano de administración no procede a convocar a una asamblea para resolver esta cuestión, cualquier accionista goza del derecho previsto por el art. 236 in fine de la ley 19.550.

c) Tampoco obsta a ello la existencia de una cláusula estatutaria que prevea como resorte exclusivo del órgano de administración, el desplazamiento del presidente del directorio, pues una cláusula en tal sentido queda encuadrada en la prohibición prevista en el art. 256 de la ley 19.550, cuando dispone que el estatuto no puede suprimir ni restringir la revocabilidad en el cargo de los directores de la sociedad anónima.

§ 4. La renuncia del directorio, ¿torna abstracto el pedido de remoción del directorio? El caso "Gegenschatz Roberto Enrique c/ Quimbel SA y otros s/ ordinario"

Este es un tema de gran importancia que mereció la atención de la jurisprudencia, que reaccionó ante una antigua corriente pretoriana, que, ante la renuncia del directorio a su cargo, las acciones de remoción con causa intentadas contra este funcionario quedaban automáticamente sin efecto.

La sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en un trascendente fallo del 17 de julio de 2014, en autos "Gegenschatz Roberto Enrique c/ Quimbel SA y otros s/ ordinario", fijó determinadas conclusiones que no pueden sino compartirse, y que podríamos resumir de la siguiente manera:

a) Es de toda evidencia que si bien la renuncia como la remoción con causa son actos que conllevan al apartamiento del cargo del director involucrado, la similitud entre ambas figuras no obsta a que la diferencia entre ellas sea también notoria, lo cual impide su equiparación, y esa diferencia equivale a la que se presenta entre la remoción con causa de un director y la remoción incausada, de lo cual se deriva que, mientras la primera impide que el director removido sea nuevamente elegido, la segunda habilita esa nueva elección sin ninguna limitación.

b) Parece claro que quien es demandado por remoción con causa, no puede sustraerse de las consecuencias del proceso, acudiendo al simple expediente de presentar su renuncia: aún cuando ésta le fuera aceptada, ello no tornaría abstracto el juicio, sino que seguiría siendo necesario pronunciarse acerca de la eventual configuración de las conductas reprochadas a efectos de inhibir una posible nueva elección. La adopción de un temperamento contrario conduciría a una conclusión asistemática: si se aceptara que la renuncia evita la remoción con causa, le bastaría al requerido practicarla para que, una vez relevado de las consecuencias de una eventual condena, pudiera ser elegido por quienes ya lo habían hecho.

c) El objeto de la acción de remoción no se acota a obtener un desplazamiento del cargo de director, sino a lograr un pronunciamiento que, por razón de sus específicas consecuencias jurídicas, inhiba una reelección que no quedaría de aquel modo inhibida.

d) Si bien es imposible remover físicamente de un cargo a quien ya no lo ocupa, no se comparte la afirmación de que la renuncia de ese director haya podido tornar abstracto el pronunciamiento requerido mediante la acción deducida en este juicio.

Nada se puede agregar al acierto de este fallo, donde se advierte la siempre ponderable pluma de la magistrada Julia Villanueva, quien siempre aporta novedosas interpretaciones a las soluciones previstas en la Ley General de Sociedades. Compartimos que la renuncia de un director no lo puede liberar de su responsabilidad, y que, removido con causa un integrante del directorio, por decisión asamblearia o sentencia judicial, no puede volver a integrar el directorio.

§ 5. ¿Puede suspenderse preventivamente a los directores de una sociedad anónima?

La suspensión provisoria de uno o varios directores de una sociedad anónima, resuelta por el propio órgano de administración de la sociedad, ha sido un tema que no ha merecido consideración por parte del legislador ni atención suficiente de la doctrina nacional, no obstante la importancia que el mismo reviste. Jurisprudencialmente, la cuestión registra escasísimos antecedentes y si bien fueron negativos en torno a la suspensión temporal del cargo de un director, el precedente no se refirió a la suspensión ante graves incumplimientos de éste, sino por estar en disidencia con la línea directiva de la compañía, lo cual son dos cuestiones muy diferentes(956).

Se trata de saber si, frente a inconductas de cualquiera de los directores de una sociedad anónima, el directorio de la misma puede adoptar, de inmediato y con efectos desde esa misma resolución, las medidas necesarias para evitar la producción de daños y perjuicios a la propia sociedad, o el descrédito comercial de la misma, que podría generarle la permanencia de aquellos en el directorio, hasta que la asamblea ordinaria se pronuncie sobre la remoción definitiva de los mismos.

La ley 19.550 guarda llamativo silencio sobre esta cuestión, pues no se presenta el caso en el cual la intervención judicial de la sociedad aporta la solución adecuada, ya que la remoción total del directorio y su reemplazo por un interventor administrador (arts. 113 y ss. de la ley 19.550) no se compadece con el problema en análisis. Se trata, en el caso, de uno o varios directores infractores de sus obligaciones específicas, cuya continuidad en funciones puede ser generadora de perjuicios actuales y permanentes para la sociedad, siendo los restantes directores inocentes de tal actuación.

Ejemplo de lo expuesto se presenta todos los días con directores que realizan actividades en competencia con la sociedad o que utilizan fondos o efectos de la misma en provecho propio, así como directores que no prestan la necesaria colaboración para el normal funcionamiento del directorio o que incurren en cualquiera de las prohibiciones e incompatibilidades previstas por el art. 264 de la ley en análisis.

Enterados los restantes directores de esas circunstancias, los remedios previstos por la ley 19.550 (convocatoria a asamblea ordinaria para remover al mismo), se presentan como manifiestamente inadecuados, pues mantener al infractor dentro del directorio y hacerlo participar de las decisiones de ese órgano, durante el período que debe transcurrir hasta la celebración de la asamblea que lo remueva, puede ser fuente generadora de perjuicios para la sociedad.

Estimamos procedente, a pesar del silencio de la ley 19.550 sobre el particular, que el directorio, como órgano de administración de la sociedad puede suspender preventivamente al director infractor, siempre y cuando esa medida disciplinaria esté debidamente fundamentada y acompañada de la convocatoria a asamblea de accionistas para resolver la definitiva remoción del mismo.

La decisión del directorio que resuelve la suspensión preventiva del director culpable debe estar inspirada en el interés social, esto es, en la protección del funcionamiento y patrimonio social, pues en caso contrario, el director suspendido cuenta con la posibilidad de impugnar ese acuerdo del directorio y promover, contra la sociedad, las acciones resarcitorias correspondientes.

§ 6. ¿Puede ser intentada o proseguida la acción de remoción del director una vez decretada la quiebra de la sociedad?

La cuestión ha merecido la atención de nuestros tribunales[957], habiéndose resuelto acertadamente que la acción de remoción de los directores no pierde virtualidad por la declaración de falencia del ente, por cuanto son numerosos los actos que se encuentra facultada a realizar la fallida, en los que posee indudable importancia la composición de sus órganos de administración y representación (conversión de la quiebra en concurso preventivo, propuesta de avenimiento o pago, observaciones a los informes del síndico, etc.), debiendo continuar el pleito ante el juzgado que tramita la quiebra, por evidentes razones de conexidad.

La claridad del fallo transcripto exime de mayores comentarios, a lo que cabría solo agregar:

a) La quiebra de la sociedad no produce la desaparición de los órganos sociales, subsistiendo ciertas facultades de los mismos que no se transfieren a la sindicatura concursal.

b) En otras palabras, subsiste una legitimación residual del fallido, ya que la disolución de la sociedad por quiebra o cualquier otra causal, no produce la extinción de su personalidad jurídica, la que continúa hasta la total terminación de la liquidación)[958].

c) En consecuencia, y en ejercicio de esa legitimación residual, los directores deben adecuar su conducta a los parámetros que le son impuestos por el art. 59 de la ley en análisis.

La infracción a los deberes de lealtad y diligencia en la celebración de los actos permitidos durante la falencia de la sociedad, abre las puertas a la misma sociedad, a los directores, síndicos y accionistas para promover acción de remoción contra aquellos.

§ 7. La remoción del director incurso en las prohibiciones e incompatibilidades previstas en el art. 264 de la ley 19.550

Resumiendo todo lo expuesto en párrafos anteriores, puede concluirse que si bien el art. 265 de la ley 19.559 está referido al supuesto de remoción de los directores incursos en las prohibiciones e incompatibilidades previstas por el art. 264, tal procedimiento debe aplicarse a todo supuesto de remoción con causa de un director, habida cuenta que es la única norma legal que se refiere al tema, y que no hay motivos para establecer distintos procedimientos de remoción según las circunstancias que obligan a separar a un administrador de su cargo.

Prescribe el art. 265 en análisis que es el directorio, como órgano, o en su defecto el síndico, por propia iniciativa o a pedido de cualquier accionista, quienes deben convocar a asamblea ordinaria para la remoción del director o gerente incluido en el art. 264, que se celebrará dentro de los cuarenta días de solicitada.

La norma es congruente con lo dispuesto por los arts. 236, párrafos 2º y 3º, y 294, inc. 7º de la ley 19.550, de los cuales constituye un práctico ejemplo de aplicación.

Ratificado lo expuesto, la jurisprudencia administrativa de la Inspección General de Justicia tiene resuelto que estando en juego una de las causales de prohibición e incompatibilidad para ser director que prevé el art. 264 de la ley 19.550, cualquier accionista, director o síndico pueden requerir judicialmente la convocatoria a asamblea ordinaria de accionistas para debatir tal circunstancia, cuando el directorio o el síndico no hayan procedido a hacerlo, pues el art. 265 de la ley 19.550 no deja margen de duda al respecto[959].

Dispone al respecto el art. 265 de la ley 19.550, que, denegada la remoción por la asamblea de accionistas, cualquier accionista, director o síndico pueden requerirla judicialmente, lo cual obliga a los siguientes comentarios:

a) La facultad de los legitimados para requerir judicialmente la remoción del director incurso en las causales del art. 264 de la ley 19.550 no solo se abre con

la resolución negativa de la asamblea de accionistas, sino también cuando el directorio o síndico no proceda a la convocatoria a asamblea.

b) No es requerible exigir a los accionistas que han solicitado infructuosamente la convocatoria a asamblea la petición judicial de la celebración de ese acto asambleario(960).

c) Debe procederse, como requisito ineludible para la procedencia de la acción individual de remoción de los directores incursos en los supuestos previstos por el art. 264 de la ley 19.550, la impugnación de la asamblea que ha rechazado tal propuesta, pues lo contrario importa consentimiento tácito de lo resuelto asamblearíamente, siendo procedente la acumulación de la acción impugnatoria de ese acuerdo social con la de remoción del director cuestionado.

Art. 266.—

Carácter personal del cargo. El cargo de director es personal e indelegable.

Los directores no podrán votar por correspondencia, pero en caso de ausencia podrán autorizar a otro director a hacerlo en su nombre, si existiera quórum. Su responsabilidad será la de los directores presentes.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 30, 260, 285 inc. 1º, 293. Resolución general IGJ 7/2015, art. 58.LSC Uruguay: arts. 378, 383, 386.

§ 1. Carácter personal e indelegable del cargo de director

La ley 19.550 impone como condición indispensable para el ejercicio de las funciones de director, que el mismo sea ejercido en forma personal e indelegable, evitando que quien ha sido designado administrador por los accionistas, teniendo en cuenta sus condiciones personales, delegue en un tercero la totalidad de las funciones que le son inherentes.

Sin embargo, y como bien lo advierten los redactores de la ley en la Exposición de Motivos, no puede pretenderse que, tratándose de una sociedad anónima de gran envergadura, el representante de la sociedad deba intervenir en todos los actos que la misma realice, lo cual podría resultar hasta inconveniente para el buen desarrollo de los negocios sociales. Ello explica que el directorio pueda

otorgar poderes generales o especiales a sus integrantes o terceros, lo cual es frecuente para gestiones bancarias o administrativas, o para intervenir en juicio.

Por su parte, el art. 270 autoriza al directorio a delegar en los gerentes generales o especiales, funciones ejecutivas de la administración de la sociedad, lo cual no obsta a que el presidente del directorio ejerza las funciones delegadas, porque esa delegación no importa renuncia a sus propias atribuciones, así como no disminuye su responsabilidad(961)—sin perjuicio del cumplimiento de las restantes funciones que le son inherentes, entre otras la presentación de balances a la asamblea de accionistas, obligación que en ningún caso puede ser objeto de delegación—.

§ 2. La sociedad anónima como directora

La cuestión ha dado lugar a profundas divergencias en doctrina y jurisprudencia, sosteniéndose, fundando la inadmisibilidad de integrar el directorio con una persona jurídica, que el art. 266 de la ley 19.550 veda esa posibilidad, al prohibir a los directores delegar sus funciones. Se ha sostenido también que para el cargo de administrador se tienen en cuenta las condiciones individuales del designado —capacidad, idoneidad, honorabilidad, etc.—, aspectos que deben dejarse a un lado cuando el cargo en cuestión se encomienda a una persona de existencia ideal(962).

Al momento de escribir las dos primeras ediciones de este libro (1980/1982 y 1994), estaba convencido que no existía argumento serio que impida a una persona jurídica integrar el directorio de una sociedad anónima, pero mi ya larga experiencia como abogado litigante y como Inspector General de Justicia en el período 2003 a 2005 me persuadió que ello no es procedente, pues la designación de una sociedad para administrar un ente de la misma naturaleza no constituye sino un mero recurso para diluir las prohibiciones e incompatibilidades dispuestas por los arts. 264, 272 y 273 de la ley 19.550 y evitar asimismo las responsabilidades previstas por los arts. 274 y ss. de la ley 19.550.

Pero además de ello, el elemento personal en torno a la composición del órgano de administración es fundamental a los fines de lograr la uniformidad de criterios en la gestión de un directorio. La posibilidad que el presidente del directorio de la sociedad administradora deje su cargo en el directorio de la compañía para ser reemplazado, al término de su mandato por otro representante legal de aquella entidad puede afectar el normal desenvolvimiento de la sociedad administrada, lo cual siempre debe ser evitado.

No es lo mismo participar en una sociedad anónima, que es posibilidad abierta a toda persona física o jurídica, que administrar la misma, en donde, como

hemos visto, el elemento personal del administrador resulta dato de suma importancia en torno a la gestión diaria que implica la administración de una sociedad comercial. Por el contrario, el ejercicio de los derechos societarios no presenta las mismas características que ofrece una administración societaria y de allí que no resulte contradictorio aceptar la calidad de accionista en una persona jurídica pero negarle a ésta el derecho de participar en la administración de la misma.

Finalmente y a mayor abundamiento, las incompatibilidades y prohibiciones previstas por el art. 264 de la ley 19.550 son solamente atribuibles a las personas de existencia física, de manera que ante el silencio de la ley 19.550 sobre el tema, y por las razones antes expuestas, no cabe concluir por la procedencia de la designación de una persona jurídica como director de una sociedad anónima.

§ 3. Autorización para la emisión del voto

El art. 266 in fine de la ley 19.550 prohíbe a los directores votar por correspondencia, con lo cual se pretende alentar que la emisión del voto sea la consecuencia de la deliberación previa de la cuestión sometida a consideración. Por ello, admite que en caso de ausencia, el director faltante pueda autorizar a otro director a hacerlo en su nombre, si existiera quórum.

Dicha excepción se funda, según lo explica Halperin[963], en la necesidad de solucionar el problema que suscita la designación de directores, integrantes o de confianza de la sociedad extranjera controlante, residentes en el exterior.

La autorización prevista por el artículo en análisis solo comprende la emisión del voto y no puede ser computada para la existencia del quórum requerido por el art. 260 de la ley societaria.

La norma en estudio no establece la forma en que debe encontrarse la autorización referida, por lo cabría estar, en principio, a lo dispuesto por el art. 284 del Código Civil y Comercial de la Nación que, como se sabe, consagra la libertad de formas, lo cual es principio general en materia contractual. No obstante ello, creemos necesario que dicha autorización sea extendida por escrito y firmada por el poderdante, por dos razones diferentes: 1) Por cuanto mediante el voto del autorizante puede lograrse la mayoría en la adopción de determinado acuerdo y, 2) Además de ello, y como lo señala el art. 266 in fine, LSC, la responsabilidad del mismo será la de los directores presentes.

Art. 267.—

Directorio: reuniones; convocatoria. El directorio se reunirá, por lo menos, una vez cada 3 meses, salvo que el estatuto exigiere mayor número de reuniones, sin perjuicio de las que se pudieren celebrar por pedido de cualquier director. La convocatoria será hecha, en este último caso, por el presidente para reunirse dentro del quinto día de recibido el pedido. En su defecto, podrá convocarla cualquiera de los directores.

La convocatoria deberá indicar los temas a tratar. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS:LSC Uruguay: art. 386.

§ 1. Funcionamiento del directorio. Remisión

El funcionamiento del directorio ha sido ya analizado al comentar el art. 260, a cuya lectura remitimos.

Art. 268.—

Representación de la sociedad. La representación de la sociedad corresponde al presidente del directorio. El estatuto puede autorizar la actuación de uno o más directores. En ambos supuestos se aplicará el art. 58.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 58, 60. LSC Uruguay: art. 376.

§ 1. Representación de las sociedades anónimas

El art. 268 pone en manos del presidente del directorio la representación de la sociedad anónima, por lo que previo a todo comentario al art. 268 de la ley 19.550 debe recordarse que, por expresa directiva del art. 58 de dicho ordenamiento legal, la actuación del administrador o representante de la sociedad, que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

Es decir, y como principio general, la representación de la sociedad no implica otra cosa que la imputación de la sociedad de los actos celebrados por quien tiene a su cargo tal función, y la importancia de que exista un régimen especial de representación, se basa en la evidente necesidad de que la facultad de obligar a la sociedad recaiga en una o más personas determinadas, siendo su representante natural el presidente del directorio, que puede ser reemplazado por el vicepresidente, sin perjuicio de que el estatuto pueda autorizar para tal función, la actuación de uno o más directores.

Sin embargo, la necesidad de que la sociedad se encuentre representada por una o más personas físicas determinadas y que solo se imputará a la sociedad las consecuencias del obrar de sus representantes legales, sufre una importante limitación en lo dispuesto por el art. 58, cuando en exclusiva protección de ciertos terceros, prescribe expresamente la inoponibilidad a éstos de dos situaciones derivadas de la organización societaria y que pueden afectar la contratación:

a) La primera consiste en la inoponibilidad de cualquier infracción a la organización plural de la representación, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios y

b) La segunda consagra la inoponibilidad a terceros de cualquier infracción interna contractual a las facultades legales de los administradores o representantes respecto de terceros.

Lo expuesto, sin embargo, debe ser aclarado suficientemente, para dejar a salvo los intereses de los terceros, a quienes debe preservarse de las extralimitaciones en que pueda incurrir el presidente de la sociedad, como órgano ejecutor de la voluntad social.

Como bien lo explica Benseñor[(964)], la inoponibilidad derivada de la infracción al régimen de organización plural cesa cuando se acredita que el tercero ha tenido conocimiento efectivo de que el acto se ha celebrado en infracción a la organización plural, pero de manera alguna el art. 58 contiene norma similar para el caso de que existan restricciones internas a las facultades de los administradores.

Por lo expuesto, y siempre siguiendo al autor mencionado, cuyas opiniones compartimos en su totalidad, es forzoso concluir que aun cuando el tercero tuviera conocimiento efectivo de que las facultades legales de los representantes estuvieran sometidas a restricciones internas (y dejando a salvo el supuesto de connivencia dolosa entre el tercero y el representante), tal conocimiento no sería

óbice alguno para que la sociedad igualmente resultara obligada, porque precisamente no existe sobre este particular ninguna dispensa expresa, puesto que la única mencionada por la ley 19.550 es aplicable a los supuestos de infracción al régimen de representación plural. Benseñor cita, como ejemplo, la existencia de una cláusula estatutaria que supedite la celebración de determinados actos a la aprobación de un órgano social determinado, la cual es inoponible a los terceros, en la medida que si el representante orgánico celebra algún acto comprendido en la restricción y el mismo no fuera notoriamente extraño al objeto social, la sociedad queda igualmente obligada, aun cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de la restricción impuesta. El art. 281, inc. c) de la ley 19.550 avala tal interpretación.

§ 2. Delegación de funciones representativas en otros directores

Ahora bien, las facultades representativas del presidente del directorio pueden extenderse por vía estatutaria a otros integrantes del directorio. El art. 268 es categórico sobre tal posibilidad, con los siguientes límites:

a) Esa delegación no puede resolverla el presidente ni el directorio, en forma general o especial. Es preciso la existencia de cláusula estatutaria que la autorice.

b) El presidente no pierde, por esa delegación, la facultad de representar a la sociedad. En otras palabras, las facultades que en este sentido tiene el presidente del directorio pueden extenderse, por vía estatutaria, a otro u otros integrantes de este órgano, pero nunca queda aquél desplazado de tal función, ni es admisible la restricción de sus funciones.

La jurisprudencia, en forma reiterada, ha interpretado el art. 268 de la ley 19.550 en tal sentido, habiéndose resuelto, en concordancia con lo expuesto, que si bien es verdad que sin perjuicio de la representación que la ley pone en cabeza del presidente del directorio, el art. 268 de la ley 19.550 permite que en los estatutos se autorice la actuación de uno o más directores, con la consiguiente aplicación, en ambos supuestos, del art. 58 del mismo ordenamiento, no es menos cierto que de ello no se infiere que esta organización plural o conjunta pueda llegar a prescindir del uso de la firma social por parte del presidente, y mucho menos establecer, por vía estatutaria, cláusulas ambiguas o contrarias a la ley y susceptibles, por ende, de afectar la seguridad jurídica de los actos, instrumentos u obligaciones extendidos o contraídos por la sociedad"[965]. De manera tal entonces que la posibilidad prevista por el art. 268 de la ley 19.550 no implica privar al presidente de la sociedad anónima de la representación de ella, sino de compartirla o extenderla con determinados miembros del directorio.

§ 3. Límites a la actuación del presidente como representante de la sociedad. La teoría de la apariencia

Aun cuando alguna referencia hemos hecho a la cuestión en los párrafos anteriores, vale la pena reiterar que la referencia que hace el art. 268 de la ley 19.550 al art. 58 es, desde todo punto de vista, comprensible pues, si del estatuto surgen limitaciones a la actuación del presidente del directorio, los terceros no pueden alegar desconocimiento de las mismas para pretender obligar a la sociedad en actos en los cuales se hubiera actuado en infracción a la organización plural.

Sin embargo, no resulta lógico que, en algunos supuestos, el tercero de buena fe deba soportar las consecuencias de un acto celebrado con deficiencias en lo que se refiere a la representación plural de la sociedad, y el legislador, teniendo en cuenta la seguridad que debe primar en el tráfico mercantil, imputa a la sociedad ciertos y determinados actos realizados en tales condiciones. A título ejemplificativo, el art. 58 se refiere en especial a los contratos entre ausentes, concluidos mediante formularios, de adhesión u obligaciones asumidas mediante títulos circulatorios, pero en general debe aplicarse esta solución a todos aquellos casos en los que la conducta del supuesto representante de la sociedad ha sido idónea para crear una apariencia en la atribución de facultades de representación que ha invocado el director firmante, infringiendo la organización plural(966).

Haciendo precisamente aplicación de la teoría de la apariencia, se ha condenado a la sociedad a hacer frente a una obligación contraída en infracción a la organización plural, cuando los órganos de la misma nada hicieron, como lógicamente hubiera podido y debido, para impedir que el firmante de los documentos cumpliera una actuación idónea para crear una apariencia de la que los terceros pudieran prevalerse y generar una certidumbre sobre la actuación de la sociedad. Tal confusión no puede recaer sobre los terceros de buena fe, sino sobre la misma entidad, que diera lugar a ella(967).

Las restricciones internas emanadas del estatuto, de una decisión asamblearia o del propio directorio, que autorice la celebración de determinado acto, estableciendo límites al régimen de la representación social que no se corresponda con lo dispuesto por los arts. 58 y 268 de la ley 19.550, son siempre inoponibles a los terceros, sin perjuicio de las responsabilidades internas correspondientes, en caso de infracción. El art. 58 in fine de la ley 19.550 consagra esta solución, y es justa, pues se funda en la buena fe de los terceros y en la seguridad de los negocios, que exige que aquellos no deben preocuparse de la regularidad de los negocios sociales ni de las limitaciones internas a las facultades del representante legal(968).

§ 4. La exorbitancia del objeto social como límite a la actuación del representante legal

Corresponde recordar que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 58 de la ley 19.550, el objeto social marca una importantísima limitación a las facultades del representante legal para obligar a la sociedad, disponiendo que la misma no queda obligada por los actos que resulten notoriamente extraños al objeto social. Esta norma consagra lo que en doctrina se denomina como el "principio de la especialidad" o doctrina del "ultra vires", que es propio de todas las personas jurídicas y al cual nos hemos referido con anterioridad al analizar el art. 58.

Sin embargo, la práctica demuestra que no es tarea sencilla determinar cuándo un acto resulta "notoriamente extraño al objeto social", para eximir de responsabilidad a la sociedad por las consecuencias del mismo. En tal sentido, se ha resuelto que la sociedad solo queda desobligada cuando el acto exorbitante alcanza los límites de lo burdo y grosero e implica objetivamente una mala fe del tercero y una complicidad de este con el representante de la sociedad. Mientras ello no ocurra, deben cargarse a la sociedad representada las extralimitaciones o la imprudencia o deslealtad de sus representantes, sin perjuicio de la responsabilidad de este frente a aquella, por los perjuicios causados[969].

El supuesto que se comenta se presenta en la práctica con suma frecuencia, cuando la sociedad otorga avales o garantías en favor de uno o varios socios o directores, para asegurar el cumplimiento de una obligación personal de los mismos, etc. En tal sentido, no es extraño a nuestra práctica societaria el caso en que la sociedad garantiza el saldo de precio de una compraventa de acciones efectuado por uno de sus socios, operación conocida como "leverage buy out". Obligaciones como estas, en las cuales la sociedad no obtiene ninguna contraprestación, ni es susceptible de generarle beneficios, nunca pueden serles imputadas, pues debe entenderse, como principio general, que los únicos actos por los cuales el ente responde son aquellos que contribuyan, en forma directa o indirecta, a la producción o intercambio de bienes o servicios a los cuales se dedique la sociedad, lo cual descarta todo acto de liberalidad que es contrario al fin societario mencionado por la definición que, de sociedad comercial, hace el art. 1º de la ley societaria.

Sintéticamente puede afirmarse que la sociedad queda obligada por la actuación de su presidente, en los siguientes casos[970]:

a) El acto incluido en el objeto social;

b) El acto accesorio de otro comprendido en el objeto social;

c) El acto que tenga por finalidad preparar la ejecución de un acto del objeto;

d) El acto que tienda a facilitar la realización de otro incluido en el objeto o el cumplimiento del objeto en sí.

e) El acto extraño al objeto, sin notoriedad.

Por el contrario, la sociedad no queda obligada, cuando el acto es notoriamente extraño al objeto social, entendido ello no solo como una completa ajenidad del mismo en relación con la actividad que es requerida para el cumplimiento del objeto social, sino también cuando esos actos implican liberalidades o benefician directamente a terceros, sin contraprestación alguna en beneficio del ente.

Esta última solución no va en desmedro de los terceros, porque una cosa en imputar a la sociedad una determinada actuación, efectuada aún en violación a las cláusulas estatutarias que reglamentan la representación de la sociedad, y otra muy distinta es condenar a la sociedad a cumplir una obligación contraída por su representante legal cuando salta a la vista que ella constituye una liberalidad en beneficio de sus sujetos controlantes, como lo es, a título de ejemplo, el otorgamiento de avales o garantías otorgadas con el patrimonio social respecto de obligaciones asumidas en forma personal por sus representantes, pues en este caso debe darse preeminencia a los derechos de los socios que no integran el grupo de control, que no deben tolerar que, bajo la doctrina de la apariencia, se menoscabe el patrimonio social, cuando salta a la vista, por la naturaleza misma de la deuda, que ella no fue contraída en cumplimiento de su objeto social.

§ 5. Otorgamiento de poderes a terceros

El carácter de representación legal de la sociedad que reviste el presidente del directorio, por expresa directiva del art. 268 de la ley 19.550 no obsta a la posibilidad de que aquel pueda otorgar mandatos para la realización de ciertas y determinadas actividades, siempre y cuando los mismos no supongan una delegación permanente y amplia de la representación de la sociedad.

Ello deriva del principio general establecido por el art. 265 de la ley 19.550 en cuanto prescribe que el carácter de director es personal e indelegable.

Sin embargo, y por cuestiones de exclusiva conveniencia práctica, la delegación específica de facultades de representación ha sido admitida en jurisprudencia, pero ello no es resorte exclusivo del presidente, sino del directorio. Ya hemos dicho, siguiendo una pacífica orientación de nuestra jurisprudencia, que el apoderamiento por la sociedad en favor de terceros constituye un acto que corresponde sea decidido por el directorio, pues aquel carece de facultades para fijar el contenido de la voluntad de la sociedad en actos como el que se

comenta[971], en la medida en que el otorgamiento de mandatos implica actos que, por su importancia, trascienden la gestión ordinaria y habitual del giro social.

En definitiva, el presidente del directorio no puede, por sí, decidir el otorgamiento de poderes para representar a la sociedad, ni revocar por sí los otorgados[972]y si bien los arts. 306 a 308 del Código Civil y Comercial de la Nación no prevé la trascripción de los poderes otorgados a los mandatarios o representantes legales ante el otorgamiento de una escritura pública, sino que ellos solo deberán ser anexados al protocolo respectivo, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que resulta aconsejable que conste en el instrumento notarial, la decisión del directorio de la sociedad de otorgar el poder, con lo cual se aventa toda vacilación o equívoco en orden a que, como acto de administración, corresponde a aquel órgano la decisión sobre el apoderamiento[973].

La facultad del directorio, de resolver el otorgamiento de poderes específicos en favor de terceros, nunca desplaza la actuación del presidente de las áreas delegadas, pues teniendo a su cargo, por expresa disposición legal, la representación de la sociedad, la actuación del presidente debe privar sobre el representante voluntario de la misma, dado que el mandante, en principio, puede en el momento que quiera, intervenir directamente en el negocio encomendado al mandatario, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1970 del Código Civil [974]—hoy 1331 del Código Civil y Comercial de la Nación—.

Ahora bien, los poderes que pueden ser otorgados por el directorio deben referirse a una operación determinada o a una actuación permanente ante determinados terceros (bancos, organismos oficiales etc.), pero resulta ilegítimo otorgar un poder general de administración y disposición a favor de una o más personas físicas, con facultades tan amplias que comprenden la disposición de todos los bienes sociales, sin excepción, pues como lo resolvió la Inspección General de Justicia en el caso "Agromanía Sociedad Anónima"[975], los poderes generales, tanto de administración como de disposición implican una verdadera delegación de funciones de administración de la sociedad, que el ordenamiento societario vigente argentina le reserva con carácter exclusivo al directorio de las sociedades anónimas, y que este órgano no puede delegar en uno o más apoderados, a tenor de lo expresamente previsto por el art. 266 de la ley 19.550.

La resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015) disponen en su art. 58 que este Organismo, en ejercicio de su control de legalidad, objetará la inscripción de cláusulas atinentes a la organización de la administración que prevean el otorgamiento de poderes generales de administración y disposición de bienes sociales.

Finalmente, y si bien la ley 19.550 guarda silencio sobre la forma en que los apoderados de la sociedad deben cumplir con su cometido, la Inspección General de Justicia tiene resuelto que se aplica a los mismos la pauta de actuación prevista por el art. 59 de la ley 19.550[976].

§ 6. ¿Es necesario contar con el acta de la reunión del directorio para legitimar la actuación del presidente?

La exigencia del acta de directorio a efectos de legitimar la actuación del representante legal de la sociedad ha sido sostenida por alguna doctrina[977], en especial referida al otorgamiento de actos notariales, para la cual el control de legalidad que debe realizar el escribano interviniente determina la obligación de exigir que se integre previamente la voluntad social antes de concretar su expresión por parte del representante legal.

Ejemplos de lo expuesto se presentan todos los días cuando es requerida al presidente de la sociedad, en oportunidad de instrumentarse un acto del ente por escritura pública (poderes, compraventas, etc.), el acta de directorio en el cual se resuelve la celebración de esa operación.

Si bien la jurisprudencia ha estimado "aconsejable" que conste en el instrumento notarial la decisión del directorio de otorgar el acto en cuestión, para aventar toda vacilación o equívoco en orden a que, como acto de administración, corresponde a aquel órgano la decisión sobre el apoderamiento[978], este requisito no es en puridad necesario como regla general, pues colisiona el régimen general de representación previsto por el art. 58 de la ley 19.550 y está bien que ello sea así, pues la extralimitación de sus funciones por parte del presidente sólo puede generarle eventuales responsabilidades frente al ente, pero no afecta la contratación, habida cuenta de la irrelevancia de las actuaciones internas para los terceros ajenos al funcionamiento de la sociedad. Como bien recuerda Benseñor[979], solo en casos muy excepcionales, la ley en forma expresa exige justificar la resolución del directorio para la celebración de determinados actos, como sucede con lo dispuesto en el art. 271 de la ley 19.550 referido a la contratación del director con la sociedad por actos distintos de la actividad en que opere; art. 369, inc. 4º, referido a la celebración de contratos de agrupación de colaboración; art. 378, inc. 4º en materia de uniones transitorias de empresas, y arts. 6º y 89 de la ley 19.551, para la presentación de la sociedad en concurso preventivo o propia quiebra del ente.

Pero además de aquellos supuestos, la existencia o no de la reunión de directorio que autorizó una determinada contratación constituye un presupuesto fundamental para analizar y juzgar la validez de dicha operación, en especial cuando había sido invocada cierta connivencia entre el presidente del directorio con el tercero cocontratante. Así fue resuelto por la jurisprudencia en el caso "Peña Freytes && Asociados c/ Los Lagartos Country Club Sociedad Anónima s/ cobro de sumas de dinero" en donde fue rechazada la pretensión de cobro de una importante suma de dinero, efectuada por el locador de servicios profesionales, quien invocó la existencia de un contrato firmado por el presidente del directorio, sin la previa decisión del órgano de administración de la sociedad, rechazando asimismo la invocación del art. 58 de la ley 19.550 por parte del

acreedor, quien se encontraba vinculado con la sociedad mediante una prolongada relación profesional que se extendió casi por veinte años en materia de asesoramiento contable e impositivo, quien no podía desconocer el funcionamiento de la misma[980].

§ 7. La actuación del vicepresidente de la sociedad como representante de la sociedad

Luego de vacilaciones en la jurisprudencia de nuestros tribunales, es criterio pacífico en la actualidad que la actuación del vicepresidente de la sociedad, cuando media cláusula estatutaria que lo autorice a representar a la misma, resulta siempre obligatoria para la sociedad y vinculante para los terceros, sin necesidad de justificar —acta de directorio mediante o a través de cualquier otro medio de prueba— que se han producido efectivamente las causas que justifican su actuación como representante de la sociedad[981].

De esta manera, se ha puesto fin a una serie de maniobras dilatorias, no siempre rechazadas por nuestros tribunales, por medio de las cuales la propia sociedad alega la inexistencia de la previa reunión de directorio que habilita la actuación del vicepresidente de la sociedad para desconocer obligaciones asumidas, o de terceros, quienes invocan esa inexistencia con idénticos propósitos, cuando son demandados por una sociedad anónima sobre la base de un contrato suscripto por el vicepresidente.

La corriente jurisprudencial en boga ha puesto las cosas en su lugar y como es obvio, ha priorizado los intereses de los terceros y la certeza de las transacciones comerciales, a las deficiencias internas de funcionamiento de un órgano de la sociedad, que es cuestión que, se reitera, solo interesa a la misma sociedad y a sus integrantes.

En consecuencia, si el vicepresidente de la sociedad ha representado a la sociedad, en reemplazo del presidente, sin mediar las causales de ausencia o enfermedad de este, es cuestión que solo interesa a la sociedad y generadora de responsabilidades internas, las que deben enderezarse a través de las acciones previstas por los arts. 274 y ss. de la ley en análisis[982]. En este sentido, y con todo fundamento, la jurisprudencia ha entendido que la sola actuación del vicepresidente, da por sentado que si el presidente no comparece, es porque medió alguno de los obstáculos que posibilitan la actuación de aquel[983], debiendo interpretarse la cláusula estatutaria que establece que la representación de la sociedad estará a cargo de un presidente y un vicepresidente, que reemplazará al primero en caso de ausencia o impedimento, como una virtual representación automática que opera en forma inmediata como función supletoria, y que hace presumible que dicho órgano actúo en ejercicio de la presidencia[984].

Art. 269.—

Directorio: comité ejecutivo. El estatuto puede organizar un comité ejecutivo integrado por directores que tengan a su cargo únicamente la gestión de los negocios ordinarios. El directorio vigilará la actuación de ese comité ejecutivo y ejercerá las demás atribuciones legales y estatutarias que le correspondan.

Responsabilidad. Esta organización no modifica las obligaciones y responsabilidades de los directores.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 59, 60, 73, 271 a 274. LSC Uruguay: art. 390.

§ 1. El comité ejecutivo

A los fines de facilitar y descongestionar la administración de las sociedades anónimas, la ley 19.550 ha previsto la creación de un comité ejecutivo integrado exclusivamente por directores, a los efectos de llevar a cabo la gestión de los negocios ordinarios de la firma, institución que ofrece indudables ventajas en empresas de gran envergadura.

La gestión de los negocios ordinarios, como bien advierten los legisladores en la Exposición de Motivos, depende del objeto de la sociedad, pero no solo deben considerarse tales las operaciones cotidianas con terceros, sino también las relacionadas con la administración interna, ya sea el gobierno del personal, contabilidad de la empresa, situación impositiva, relaciones con entidades bancarias y administrativas, etcétera[985].

La creación de un comité ejecutivo no importa delegación de funciones por parte del directorio, desde que solo sus integrantes pueden formar parte del mismo, independientemente de la fiscalización del órgano de administración a la actuación de aquel. Tampoco implica delegación en la representación, careciendo el comité ejecutivo de actuación externa, que como había quedado señalado, corresponde por regla general al presidente del directorio.

El estatuto de la sociedad debe organizar la designación de los integrantes del comité ejecutivo, así como el funcionamiento del mismo, que, por tratarse de un órgano plural, debe actuar en forma colegiada, lo que impone la determinación

contractual del quórum y mayoría necesarias, aplicándose supletoriamente lo dispuesto por el art. 260 de la ley societaria.

La naturaleza del órgano que se estudia impone que sus integrantes lleven un libro de actas, en los términos del art. 73 de la ley 19.550, donde debe dejarse constancia de los acuerdos tomados, lo cual permitirá al directorio vigilar su actuación.

Sin perjuicio de ello, nada hace aconsejable la fijación de un orden del día, por ser contrario a esa esencia y competencia(986).

El directorio, por su parte, sin perjuicio de controlar la actuación del comité ejecutivo, debe ejercer las demás atribuciones legales y estatutarias que le corresponden, pues la actuación de este no modifica sus obligaciones y responsabilidades. Amén de ello y en atención a esta última circunstancia, el órgano de administración puede tomar para sí la realización de actos que estatutariamente han sido concedidos al comité ejecutivo, cuando por sus proyecciones y consecuencias resulte conveniente la deliberación y decisión de la totalidad de los integrantes del directorio(987).

La designación y remoción de los integrantes del comité ejecutivo puede estar a cargo de la asamblea de accionistas o del directorio, al distribuirse los cargos, una vez designados sus miembros. Esta es la solución más conveniente, pues la mala gestión del comité ejecutivo debe llevar como consecuencia inmediata la remoción de sus integrantes, decisión que, de estar en manos de la asamblea, puede originar graves consecuencias por las demoras que su convocatoria ocasiona, lo cual se agrava si se tiene en cuenta que aquella gestión continúa generando responsabilidad entre los directores, quienes son, en definitiva, los principales interesados en su remoción.

La duración en el cargo depende de su permanencia como directores, desde que la ley requiere esta calidad para integrar el comité ejecutivo. Como consecuencia de ello, la revocación o remoción en el cargo de director produce el cese automático como integrante del órgano en estudio, y lo mismo ocurre en el caso de mediar una causal de prohibición o inhabilidad en los términos del art. 264 de la ley en análisis.

Finalmente y en cuanto a la naturaleza del vínculo que los une a la sociedad, los miembros del comité ejecutivo no pueden ser considerados como trabajadores subordinados, ya que este constituye un centro de atribución de funciones o poderes, entre los que se encuentra repartida la competencia para desarrollar la actividad de la empresa(988).

Art. 270.—

Gerentes. El directorio puede designar gerentes generales o especiales, sean directores o no, revocables libremente, en quienes puede delegar las funciones ejecutivas de la administración. Responden ante la sociedad y los terceros por el desempeño de su cargo en la misma extensión y forma que los directores. Su designación no excluye la responsabilidad de los directores.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 59, 60, 271 a 273.LSC Uruguay: art. 383.

§ 1. La gerencia en las sociedades anónimas

Si bien como principio general, el directorio tiene a su cargo la dirección de la sociedad, así como la ejecución de sus decisiones, es común, en las medianas o grandes empresas, que la función ejecutiva de los negocios sociales suela delegarse en gerentes, directores o no, de modo de asignar esas tareas a terceras personas con experiencia o conocimientos especiales en la materia de que se trata, o a algún director que posea mejores o mayores conocimientos que los demás integrantes del órgano de administración.

Precisamente, para regular esta figura, el art. 270 prevé que el directorio puede designar gerentes generales, directores o no, revocables libremente, en quienes puede delegarse las funciones ejecutivas de la administración.

A diferencia del comité ejecutivo, integrado exclusivamente por directores, a cargo únicamente de la gestión de los negocios ordinarios, el art. 270 de la ley 19.550, la gerencia no es un subórgano de la sociedad, sino que constituye un cargo que es siempre unipersonal, carácter que mantiene aun cuando coexistan varios gerentes con funciones distribuidas y su relación con la sociedad constituye una locación de servicios, amparada por las legislaciones laboral y previsional que rigen la materia.

Las facultades del gerente son siempre de administración y no de disposición: se le confían actividades o funciones ejecutivas de la administración, sin desplazar al representante legal de la sociedad, sin perjuicio de que, por poder especial, se le pueda confiar cierta y determinada representación.

La figura del gerente no puede ser nunca confundida con la de los directores, cuya diferencia surge en relación con su designación, remoción y régimen de acción de responsabilidad.

Los gerentes son designados y removidos por el directorio, y su responsabilidad no requiere decisión previa de la asamblea de accionistas. La Ley de Sociedades prevé la actuación de gerentes generales o especiales; estos últimos para ciertos actos de administración. Los gerentes generales se caracterizan, por el contrario, por su actividad especializada de gestión (técnico administrativa), que desarrollan bajo la supervisión del directorio[989].

El art. 264 de la ley 19.550 incluye a los gerentes dentro de las prohibiciones e incompatibilidades establecidas para los directores, a las que corresponde remitir, resultándoles aplicables asimismo las prohibiciones establecidas por los arts. 271 a 273 de la ley en análisis. Del mismo modo, conviene recordar, en orden a la actuación de los gerentes, que estos no pueden ser representantes asamblearios de los accionistas, por expresa directiva del art. 239 de dicho ordenamiento legal.

En cuanto a su remuneración, si bien el art. 261 de la ley 19.550 no los incluye claramente, dicha norma contempla el supuesto de los directores que cumplen funciones técnico-administrativas, distinguiendo entre aquellos que las desempeñan en forma permanente o esporádica. La fórmula empleada por el legislador en dicho artículo, cuando se refiere a los directores que cumplen "funciones técnico administrativa", alude sin lugar a dudas a la figura del gerente societario.

En el primer caso, las remuneraciones de los directores gerentes, sumada a la de los restantes directores, se encuentran limitadas a los topes previstos por el art. 261 citado. Sin embargo, dichas remuneraciones pueden ser incrementadas para los gerentes aun cuando estos no cumplan funciones en forma permanente, siempre que se encuentren reunidos los requisitos previstos por el último párrafo de la aludida norma.

Si bien el art. 251 no incluye a los gerentes no directores dentro de los sujetos legitimados activamente para impugnar acuerdos asamblearios, de ello no se infiere que carezcan de la posibilidad de hacerlo. Es evidente que en la medida en que el art. 270 les otorga, por expresa delegación del directorio las funciones ejecutivas de la administración, haciéndolos responsables ante la misma sociedad por el desempeño de sus cargos en la misma extensión y forma que a los directores, los gerentes tienen los mismos derechos, cargas y obligaciones que los directores, pues en definitiva la función gerencial implica una actuación delegada dentro del órgano de administración social.

Por ello, como hemos visto al analizar el art. 251 de la ley 19.550, en tanto la impugnación de acto asambleario es obligación y no facultad de los directores, pues esa actuación es la única que los exime de las responsabilidades previstas por el art. 254, igual carga corresponde imponer a los gerentes, cuando una decisión asamblearia les impone un determinado obrar, que resulta contrario a la ley, estatuto o reglamento, e iguales conclusiones corresponde sostener en cuanto a la impugnación de los acuerdos del directorio.

El desplazamiento del directorio, como consecuencia de la designación de un interventor judicial (arts. 113 y ss. de la ley 19.550) implica necesariamente el desplazamiento de los directores gerentes, en tanto carece de sentido mantener al mismo en una función que por propia definición legal es delegada. Por lo tanto, si los integrantes del directorio han incurrido en actos u omisiones que hayan puesto en peligro a la sociedad, y ello ha provocado el desplazamiento temporario de los mismos, igual suerte deben correr los gerentes, cuando dicho cargó es desempeñado por uno o varios de los directores removidos, aun cautelarmente.

La situación del gerente no director, o gerente tercero ante tales circunstancias puede ofrecer algunos matices, aun cuando puede llegarse a las mismas conclusiones por aplicación literal del art. 113 de la ley 19.550, el cual se refiere a los administradores, entre quienes se encuentran los gerentes, quienes tienen, por propia definición del art. 270, las funciones ejecutivas de la administración. Pero aun cuando no se comparta lo expuesto, por repararse en el carácter de locador de servicios que el mismo reviste, la cuestión tampoco ofrece dificultades, pues el administrador judicial, al tener los mismos derechos y obligaciones que el órgano de administración desplazado, tiene las facultades de removerlo al mismo libremente, con lo cual la discusión pierde gran parte de su importancia.

§ 2. Responsabilidad de los gerentes

En materia de responsabilidad de los gerentes debe tenerse presente que:

1. Los gerentes deben someterse, como los directores, a las pautas de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550, desempeñándose con lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, respondiendo por el mal desempeño de sus funciones, así como por violación de la ley, estatuto o reglamento.

2. Responden ante la sociedad y los terceros por el desempeño de su cargo, en la misma extensión y forma que los directores, pero descartándose la solidaridad con los restantes gerentes designados.

3. En cuanto a su actuación, deben someterse a las pautas previstas por los arts. 59 y 274, LSC, desempeñándose con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, respondiendo por el mal ejercicio de sus funciones, así como por violación a la ley, estatuto o reglamento, o por cualquier otro daño producido a la sociedad, accionistas y terceros, por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

4. Su responsabilidad se extingue, respecto de la sociedad, por aprobación de su gestión, o por renuncia expresa o transacción, resuelta por el órgano de gobierno de la sociedad, de conformidad a los términos del art. 275, LSC, con las limitaciones que este artículo prevé.

5. Finalmente, y como se señaló oportunamente, no caben dudas de que, tratándose de un gerente no director, el ejercicio de la acción de responsabilidad no requiere decisión previa de la asamblea, pues el art. 276 de la ley en estudio se limita a los directores, lo cual resulta concordante con lo dispuesto por el art. 234, inc. 3º, que no los enumera[990].

Art. 271.—

Prohibición de contratar con la sociedad. El director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que esta opere y siempre que se concierten en las condiciones del mercado.

Los contratos que no reúnan los requisitos del párrafo anterior solo podrán celebrarse previa aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura si no existiese quórum. De estas operaciones deberá darse cuenta a la asamblea.

Si la asamblea desaprobare los contratos celebrados, los directores, o la sindicatura, en su caso, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad.

Los contratos celebrados en violación de lo dispuesto en el párrafo segundo y que no fueren ratificados por la asamblea son nulos, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el párrafo tercero. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC Uruguay: arts. 84 y 383.

§ 1. Prohibición de los directores de contratar con la sociedad.
Antecedentes del problema

El art. 271 de la ley 19.550 contempla el supuesto de los contratos celebrados por el director con la sociedad cuyo órgano de administración integra, planteándose en torno al tema un arduo debate doctrinario, en especial, durante la vigencia del texto original de la mencionada norma.

Recordemos que, de acuerdo al texto derogado del artículo en análisis, para la validez del contrato celebrado entre el director y la sociedad, debían reunirse los siguientes requisitos: a) debían corresponder a la actividad normal del ente; b) celebrarse en las mismas condiciones que la sociedad hubiere contratado con terceros; c) hacer saber dicha contratación al directorio y al síndico y, d) abstenerse de participar en la deliberación que autorizare tal contratación.

No reunidos los requisitos previstos por el derogado art. 271, los contratos celebrados entre la sociedad y su director sólo podían ser celebrados previa decisión de asamblea extraordinaria. De lo contrario, tales actos eran fulminados de nulidad absoluta.

La ratio legis de la prohibición contenida en el art. 271 de la ley 19.550 reside en colocar al director de la sociedad en igualdad con los demás socios y terceros mediante un procedimiento sano y regular, con la conformidad expresa o tácita de los demás socios[991]. Por ello, se sostenía que la sanción de nulidad absoluta prevista por el texto original de dicha norma, si bien ajustada en derecho a la infracción cometida (violación de una norma de evidente contenido ético, que consagra una incapacidad de derecho), resultaba un tanto excesiva[992], pues si los socios permitían o consentían dicha contratación, la posibilidad de declaración de nulidad de oficio del acto nulo y la imposibilidad de confirmar el acto con posterioridad constituía un fin no querido por la ley.

La jurisprudencia, notoriamente contra legem, había atemperado la inteligencia de la prohibición contenida en el art. 271 en su anterior redacción, sosteniéndose que la prohibición de contratar de los directores con la sociedad que administran es de derecho común y dicho acto puede ser convalidado por una posterior decisión asamblearia, aceptándose incluso que dicho contrato podría ser celebrado ad referendum de una futura asamblea de accionistas, resultando la operación válida si además la misma no fue desfavorable al ente social y no medió aprovechamiento indebido por parte de los directores[993].

§ 2. La reforma efectuada por la ley 22.903

Cristalizando en la ley 19.550 las críticas que la doctrina había formulado en relación al viejo texto del art. 271, que pecaba de excesiva rigurosidad, el legislador de 1983 ha flexibilizado el régimen de contratación entre directores y la sociedad que administran, adecuándolo a un criterio de realidad y practicidad que sin duda se comparten.

De conformidad con el actual texto del art. 271 de la ley 19.550, en materia de contratación de los directores con la sociedad, aquellos tienen permitido:

a) Celebrar contratos que sean de la actividad que la sociedad opere y en las condiciones de mercado.

b) Concertar contratos que no reúnan los recaudos antes mencionados, siempre que cuenten con la aprobación previa del directorio o conformidad de la sindicatura ante la inexistencia de quórum, debiendo darse cuenta a la asamblea de estas operaciones. Estas operaciones, cuando no se ajusten a los requisitos referidos y no fuesen ratificados por la asamblea de accionistas, son nulos, sin perjuicio de la responsabilidad de los directores y del síndico, en su caso, por los daños que se hubiesen irrogado a la sociedad.

Como se observa, en primer lugar, el nuevo texto del art. 271 de la ley 19.550, conforme redacción dada al mismo por la ley 22.903, ha abandonado la ambigua

y criticada noción de "actos de la actividad normal de la sociedad" —dentro de la cual se debía encuadrar el contrato celebrado entre el director y la sociedad—, sustituyéndola por la de actos de la actividad en que ella opere", entendiéndose como actividad el conjunto de medios jurídicos y económicos de que la sociedad se vale para el cumplimiento de su objeto(994).

La actividad de la sociedad constituye pues uno de los marcos de validez de tales contratos, habiéndose entendido que la transferencia de un fondo de comercio en favor de uno de los socios no encuadra en tal concepto, sino que en sustancia implica un acto extraordinario de administración(995), que torna inaplicable la norma en análisis.

En segundo lugar, e independientemente de ese requisito convalidante de los contratos celebrados entre los directores y la sociedad, la ley exige, como recaudo también indispensable, que esa operación se perfeccione "en las condiciones de mercado" mejorando la fórmula empleada por el viejo texto "que la operación sea celebrada en las mismas condiciones que la sociedad hubiere contratado con terceros" y mediante el cual se admite el otorgamiento de plazos corrientemente acordados, tasa de interés aplicable, bonificaciones y descuentos habituales a clientes, etcétera.

Presentes ambos requisitos, el acto no requiere autorización previa ni convalidación de ningún órgano societario, pero si la operación no reúne los requisitos del párrafo anterior, vale decir, aquellos que no sean de la actividad en que la sociedad opere, ni se concierte en las condiciones de mercado, solo podrán celebrarse previa autorización del directorio o conformidad de la sindicatura, si aquel no lograra reunirse por falta de quórum.

Sobre ello corresponde puntualizar:

a) El director contratante debe abstenerse de intervenir y votar en las reuniones de directorio que consideren esa operación. La ley 22.903 ha suprimido esta exigencia, contenida en el viejo art. 271, pero la estimamos aplicable, no solo por la naturaleza de la decisión a adoptarse, sino por aplicación de lo dispuesto por el art. 272 de la ley 19.550, no modificado por la ley 22.903 y por la previsión de falta de quórum a que hace referencia el artículo en análisis, y que hace presumir el mantenimiento de esa abstención(996).

b) Convocada la reunión de directorio, de conformidad al procedimiento previsto por el art. 267, este órgano deberá decidir con las mayorías establecidas por el art. 260, pero, de no obtenerse decisión válida por falta de quórum, corresponde decidir a la sindicatura, obligación que también le corresponderá cuando son todos los directores quienes pretenden contratar con la firma. Si bien la ley 22.903 no prevé el supuesto de inexistencia de sindicatura, entendemos que frente a estas hipótesis, corresponde la convocatoria a asamblea ordinaria de accionistas, por aplicación de lo dispuesto por el art. 234, inc. 1º in fine de la ley 19.550.

c) Aun cuando el acto fuera aprobado por el directorio o sindicatura, en su caso, el órgano de administración debe dar cuenta de esas operaciones a la asamblea

ordinaria que considere los resultados económicos del ejercicio en el cual esos actos fueron celebrados, de conformidad también a lo establecido por el art. 65, inc. 1º, apartado j) de la ley en análisis.

d) Si la asamblea de accionistas desaprobara los contratos celebrados, o si, aun aprobándolos, una decisión judicial invalidara ese acuerdo, y consecuentemente el acto cuestionado, la ley 22.903 responsabiliza en forma solidaria a los directores y a la sindicatura por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad de los accionistas que hubieren aprobado ese contrato, cuando el mismo fuera invalidado judicialmente (art. 254, LSC). Resulta necesario acotar que si bien el nuevo texto del art. 271 parecería responsabilizar al órgano de fiscalización solo para el caso de que el síndico haya aprobado esos contratos, consideramos que su responsabilidad no solo se limita a ese supuesto, sino que se extiende también cuando ha mediado decisión aprobatoria del directorio, por aplicación del art. 297 de la ley societaria.

e) Finalmente, el último párrafo del art. 271 de la ley 19.550 establece la nulidad de los contratos celebrados por el director con la sociedad, cuando los mismos no se ajustan a los requisitos previstos en el segundo párrafo de dicha norma, sin conformidad del directorio o sindicatura ni ratificación de la asamblea de accionistas, pero, a diferencia del texto anterior, ha suprimido la referencia a la nulidad absoluta, ratificando de esa manera la doctrina jurisprudencial anterior a la ley 22.903, emanada del caso "Cattaneo Ismeria c/ Cattaneo y Cía. Sociedad Anónima", conforme a la cual no existía orden público comprometido en la violación a lo dispuesto por el artículo en análisis.

§ 3. ¿Debe existir daño al patrimonio de la sociedad para que opere la declaración de nulidad de la operación celebrada en infracción a lo dispuesto por el art. 271 de la ley 19.550?

Algunos fallos han sostenido que la prohibición general contenida en el art. 271 de la ley 19.550 no juega cuando esa contratación no ha causado daños a la sociedad ni a los demás socios, se ha desarrollado con la conformidad expresa o tácita de los consocios o no medió aprovechamiento indebido por parte del director interviniente[997].

La ley 19.550 nada dice con respecto a ello y a mi juicio, ese criterio pretoriano me parece peligroso, pues si la solución prevista por el art. 271 de la ley 19.550 procura evitar que los administradores sociales abusen de su situación, respondiendo la nulidad a una lógica motivación de sana moral administrativa, no parece lógico que la asamblea de accionistas debe necesariamente aprobar ese contrato por el mero hecho de que no ha causado perjuicios a la sociedad o a sus integrantes. Esta equivocada manera de ver las cosas hace primar un criterio estrictamente economicista a una cuestión donde lo que verdaderamente

importa es la actuación de un director que no ha actuado en forma leal con la sociedad que administra, de manera que los resultados de esa operación es cuestión totalmente indiferente para interpretar lo dispuesto por el art. 271 de la ley 19.550.

§ 4. Algunos supuestos particulares de aplicación del art. 271 de la ley 19.550

4.1. Contratos de mutuos celebrados entre el director y la sociedad

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado sobre la aplicación del art. 271 de la ley 19.550 fundamentalmente ante la entrega de fondos por parte de un director a la sociedad para afectarlos al giro de la sociedad, lo cual constituye una situación habitual en la vida de las sociedades comerciales.

En principio, ha sido resuelto que el contrato de mutuo celebrado por un director con la sociedad, para afectarlos al giro social se encuentra previsto dentro del primer párrafo de dicha norma, en tanto encuadra dentro del concepto de la actividad normal de la sociedad y tiende al desenvolvimiento del giro social y mediatamente al cumplimiento del objeto social(998), criterio que parece acertado, pues este tipo de operaciones, de diaria realización, tienden a beneficiar a la sociedad, como sucede habitualmente en tanto se celebran en condiciones más ventajosas, en cuanto a plazos, intereses o garantías que los que la sociedad pueda conseguir en plaza(999)y, como ha sido sostenido, cerrar el camino al aprovechamiento de este tipo de operaciones podría ser incluso contrario para los intereses de la sociedad(1000).

Otra línea interpretativa prohíbe expresamente a los directores prestar dinero a la sociedad o viceversa, salvo que específicamente el estatuto prevea dentro del objeto social la realización de actividades financieras o en su defecto, medie autorización previa del directorio o conformidad de la sindicatura, en los casos que correspondiere(1001). Este razonamiento solo es válido cuando se trata de préstamos otorgados por la sociedad al director, y la solución parece razonable, pues estaríamos ante un acto notoriamente extraño al objeto social, que es inoponible a la sociedad, de conformidad con lo dispuesto por el art. 58 de la ley 19.550. Por el contrario, la entrega de dinero por un director a la sociedad en calidad de mutuo, y su recepción por la sociedad, y en la medida que no exceda las condiciones de mercado, no constituye una actividad financiera que deba ser incluida por el estatuto, sino un acto complementario del objeto social y cuya validez no podría ser discutida, y si bien es cierto que ante el supuesto de dificultades de financiamiento de la sociedad, el procedimiento apropiado para superar las mismas radica en que los accionistas suministren los recursos necesarios por la vía de un aumento del capital social, como fuera sostenido en el caso "Domingo Bongiorno SA s/ quiebra", no siempre las necesidades

financieras de la sociedad se corresponden con los tiempos que insume la realización de un aumento del capital social, de manera entonces que el otorgamiento de un préstamo a la sociedad por parte de un director, en las condiciones de mercado y cuando la sociedad se encuentra atravesando una crisis financiera —lo cual debe ser expresamente probado— no aparece como un supuesto que pueda ser encuadrado en el segundo párrafo del art. 271 de la ley 19.550.

Pero aún admitiendo la validez de ese mutuo, debe tenerse presente que cuando el art. 271 de la ley 19.550 se refiere a las condiciones de mercado, no se refiere solo a los intereses, sino también a los plazos de devolución del dinero, todo lo cual debe quedar asentado en un acta de reuniones de directorio, pues si bien estos mutuos no requieren, en principio, la conformidad del órgano de administración, ello no implica que no debe dejarse constancia de su celebración en el referido libro, pues es obvio que la sociedad debe conocer las condiciones de esa contratación, de manera tal que, como ha sido resuelto, el retiro de fondos sociales por el presidente del directorio, en concepto de devolución de un préstamo dinerario efectuado por aquel, sin autorización del directorio, constituye un acto nulo, que obliga a aquel a proceder a su reintegro(1002).

4.2. Contrato de locación de servicios

Ha dicho la jurisprudencia que la celebración de contrato de locación de servicios entre un director y la sociedad, constituye contratación que tiene relación directa con el normal desenvolvimiento de las operaciones de la sociedad, por lo que es facultad de los administradores disponer respecto de tales operaciones, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 271 de la ley 19.550, de modo que no es necesaria su previa consideración por los socios, sin perjuicio de lo que respecta a la aprobación de su gestión y responsabilidad de los administradores(1003).

4.3. Contrato de trabajo

Interpretando equivocadamente la norma del art. 271 de la ley 19.550, la sala VIII de la Cámara del Trabajo de la Capital Federal, en autos "Azar Miguel c/ Saveling Sociedad Anónima s/ despido", del 16 de febrero de 2001, interpretó que la celebración de un contrato de trabajo entre un director y la sociedad no constituye una operación incluida en el art. 271 de la ley 19.550, que solo autoriza a la sociedad la celebración de contratos relacionados con la actividad de la misma, esto es, aquello cuyo objeto es la adquisición de una cosa por ella vendida o el goce de un servicio por ella prestado, por lo que el contrato de trabajo, por propia definición, no encuadra en la autorización.

Reiteramos que la celebración de contratos de trabajo no constituyen operaciones que resulten ajenas a la actividad en que esta opera, pues además de los contratos encuadrados estrictamente en el objeto de la sociedad, los actos preparatorios o conexos a su actividad empresaria (operaciones bancarias, contratación de seguros, otorgamiento de poderes, contratación de personal etc.), deben estar incluidos necesariamente dentro de la primera parte del art. 271 de la ley 19.550, en la medida que se concierten en las condiciones de mercado.

Ello no significa que podamos prescindir del tratamiento de la referida contratación laboral en una reunión de directorio, anterior o posterior a la misma, pues es necesario que en el libro de actas conste la celebración de ese tipo de operaciones, que hacen a la historia de la compañía, en la cual se dejará constancia expresa de todas las características del contrato de trabajo celebrado entre la sociedad y uno de sus directores, pero ello no implica someter esa contratación a la posterior aprobación de la asamblea, como corresponde hacerlo si encuadramos a la misma en el segundo párrafo del art. 271 de la ley 19.550. De todos modos, y en ello sí coincidimos con el precedente del fuero del trabajo al cual venimos haciendo referencia, resulta indiscutible que el deber de lealtad que le impone el art. 59 del referido ordenamiento legal prohíbe al director intervenir en su propia contratación, bajo sanción de nulidad (arts. 953 del Código Civil y 41 de la ley 20.744).

Art. 272.—

Interés contrario. Cuando el director tuviere un interés contrario al de la sociedad, deberá hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 59, 241, 271, 273, 274 a 279. LSC Uruguay: art. 387.

§ 1. Director con interés contrario al de la sociedad

El art. 272 de la ley 19.550 consagra un principio general que se aplica en todos los casos en que, frente a una determinada operación o actuación, un director tuviere un interés contrario al de la sociedad, por lo cual frente a esa circunstancia, aquel tiene la obligación de hacerlo saber al directorio y a la sindicatura y abstenerse de intervenir en la deliberación del acto que le suscita un conflicto de intereses, so pena de incurrir en la responsabilidad prevista por el art. 59 de la ley societaria.

La norma del art. 272 del ordenamiento societario se encuentra vinculada a los supuestos previstos por los arts. 241 (que prohíbe votar a los accionistas que revistan también el carácter de directores, en las decisiones asamblearias vinculadas a la aprobación de actos de gestión, responsabilidad o remoción con causa) y 271 (que somete la contratación del director con la sociedad que administra a ciertos y determinados requisitos de validez), en el sentido de que lo dispuesto por estos artículos constituyen claros ejemplos del principio general

consagrado por el art. 272, aunque sometido este último caso (art. 271) a un procedimiento específico, por las particularidades que el mismo ofrece.

La situación descripta por el art. 272 de la ley 19.550 no se refiere a una contratación concreta, sino a todos aquellos supuestos en que pueda presumirse que una determinada resolución del directorio puede favorecer los intereses particulares de un director, por lo que la norma tiende a evitar la participación del mismo en todo el desarrollo de la reunión de dicho órgano, a los fines de evitar la influencia del administrador sobre los restantes integrantes del órgano de administración.

El art. 272 de la ley 19.550 carece de una redacción afortunada, pues limita su operatividad al seno de las reuniones del directorio, cuando el conflicto de intereses puede encontrarse en la actuación del representante legal en los innumerables actos de gestión que, por lo general, no requieren deliberación del órgano de administración. No obstante, esa omisión no descarta la aplicación de la norma en análisis frente a tales supuestos, pues en definitiva, la aplicación de lo dispuesto por el art. 59 de la ley 19.550 permite llegar a idénticas conclusiones.

El legislador tampoco ha aclarado, como lo ha hecho expresamente en el art. 273, que el interés contrario puede ser directo, esto es, cuando afecta personalmente al director, o indirecto, cuando ese conflicto afecta a terceros vinculados con aquel. Sin embargo, una interpretación finalista de la norma, que tiende a custodiar el interés social, permite aplicar la misma solución a ambos supuestos.

Es objeto de interesante polémica que debe entender por "interés contrario" y si este está presente siempre que existe una contratación entre el director y la sociedad. En un trascendente fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, dictado por su sala A, en los autos "Comisión Nacional de Valores c/ Acindar SA s/ análisis de los estados contables", dictado el 13 de octubre de 1995 se sostuvo lo siguiente: a) No todo negocio jurídico que concierte un director con la sociedad que dirige puede ser encuadrado dentro del concepto del interés contrario previsto por el art. 272 de la ley 19.550, lo cual, dicho con otras palabras, equivale a sostener que el mero hecho de contratar con la sociedad no presupone la existencia de conflicto de intereses opuestos; b) La incompatibilidad entre un director y la sociedad existe cuando se encuentren de frente en una operación dos intereses contrarios, cuando la ventaja de una parte debe necesariamente resolverse en una disminución de la ventaja para la otra y c) Para que exista interés encontrado entre un director y la sociedad, no es suficiente que aparezcan como divergentes los intereses de ambos, sino que además de la divergencia, debe resultar un daño para la sociedad, independientemente de que el director haya obtenido o no beneficios.

La deficiente redacción del art. 272 de la ley 19.550 es precisamente la que da origen a esta diversidad de criterios, pues no parece acertado prohibir al director con interés particular en una determinada operación, que intervenga en la respectiva deliberación, para luego solo imponerle la responsabilidad prevista por el art. 59 de la ley 19.550, para el caso de que se hubieran producido daños, en caso de haber participado y votado en dicha reunión de directorio. Una vez

más, y en forma equivocada, la jurisprudencia subordina la validez de una determinada operación social, aprobada con el voto de un director que tiene un interés encontrado con el interés de la sociedad, a la existencia de perjuicios sufridos por ésta, cuando de lo que se trata es de evitar es que se haga prevalecer el interés personal de un director y es por ello que no solo se le ordena abstenerse de votar, sino incluso de participar en la deliberación. Resulta claro pues que la sanción para el caso de haber aprobado con su voto la celebración de ese contrato debe ser la nulidad del respectivo acuerdo, lo cual no causa perjuicios a terceros, pues este director desleal, por ser —directa e indirectamente— el sujeto que se beneficiará con esa inadmisible actuación, nunca puede ser considerado tercero de buena fe. Pero no obstante ello, si el contrato fue ejecutado y de ello derivaron daños a la sociedad, entonces sí resulta operativo la solución prevista por el art. 272 de la ley 19.550, en cuanto le impone al infractor su responsabilidad ilimitada, en los términos del art. 59.

Por otro lado, no comparto la tesis que predica que el mero hecho de contratar con la sociedad no presupone necesariamente la existencia de conflicto de intereses opuestos, pues aunque así fuera, lo que no parece concebible a primera vista, el deber de lealtad que a todo administrador de sociedades comerciales le impone el art. 59 de la ley 19.550 le impide participar en la gestación de ese contrato, por lo que no se trata de discutir el día de mañana, esto es, cuando ya se produjeron efectivos daños a la sociedad como consecuencia de esa contratación, si el director con interés encontrado con el de la compañía, pudo actuar en esa oportunidad en contra del interés de la sociedad, sino de evitar que ello ocurra antes de la generación de los perjuicios, lo que sobradamente justifica la prohibición prevista por el art. 272 de la ley 19.550.

§ 2. Los efectos de la infracción al deber de lealtad prevista por el art. 272 de la ley 19.550

Una interpretación literal y exegética de lo dispuesto por esa disposición legal parecería llevar a la conclusión de que la violación a la prohibición allí dispuesta solo genera al director infractor su responsabilidad personal por los daños y perjuicios sufridos por la sociedad. La remisión directa al art. 59 podría encontrar algún apoyo para dicha conclusión, a la cual adhiere parcialmente nuestra doctrina[(1004)].

Esa interpretación no comprende en su totalidad la intención del legislador, quien, en la Exposición de Motivos de la ley 19.550, y refiriéndose a las normas de los arts. 271 a 273, explica que las mismas, al establecer ciertas y determinadas prohibiciones a los directores de sociedades anónimas, tienden a impedir que puedan consumarse perjuicios para la sociedad y los accionistas, por el empleo abusivo del cargo para beneficiarse indebidamente, sea contratando el director directamente con la sociedad (art. 271), o para impedir

que haga prevalecer el interés personal, contrario al interés de la sociedad (art. 272), o por cuenta propia o de terceros partícipe en actividades en competencia con la sociedad (art. 273).

Según reiterada y pacífica doctrina de nuestro más Alto Tribunal, es regla que un precepto legal debe ser interpretado analizando todo su contexto legal, su espíritu y, en especial, las demás normas, que sobre la materia contenga el ordenamiento jurídico(1005). Ello impone indagar, como primera regla para la interpretación de una norma, la intención del legislador(1006), evitando darle a las leyes un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, para adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto.

Siguiendo precisamente esas pautas y teniendo presente además lo expuesto por los legisladores en la Exposición de Motivos de la ley 19.550 en torno a las prohibiciones establecidas por los arts. 271 a 273 de la ley 19.550, si lo que en realidad se trata es impedir que puedan consumarse perjuicios a la sociedad, la interpretación que restringe los alcances de la prohibición prevista por el art. 272 de ese cuerpo legal al resarcimiento de los daños y perjuicios por los directores responsables, no condice con la finalidad que se tuvo en cuenta al redactar esa norma, pues el posterior resarcimiento de los eventuales daños y perjuicios de la sociedad no tiende a evitarlos, según la intención del legislador.

Es de toda evidencia que, frente a una prohibición legal, la infracción a la misma determina la nulidad del acto, pues no otra puede ser la sanción, aun cuando la declaración de invalidez no esté consagrada en dicho texto legal en forma sacramental o expresa. El art. 18 del Código Civil avala esta interpretación, determinando una nulidad implícita correspondiente a cada prohibición legal(1007). Si además de ello tenemos en cuenta lo dispuesto por el art. 386 del Código Civil y Comercial de la Nación, que dispone que son de nulidad —bien que relativa— los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas, así como lo prescripto por el art. 388 del mismo ordenamiento legal, en cuanto dispone que la nulidad relativa solo puede declararse a instancias de las personas en cuyo beneficio se establece, resulta lógico y congruente concluir que la sociedad perjudicada por la actuación de un director que en un determinado acto obró con interés contrario, y con su voto o participación, coadyuvó a la celebración efectiva de esa actuación, puede demandar la nulidad del acto con más los daños y perjuicios provocados por esa desleal manera de proceder.

La nulidad del voto del director infractor no conduce necesariamente a la nulidad de la decisión del directorio adoptada en infracción a lo dispuesto por el art. 272 de la ley 19.550 pues ello será así solo cuando, sin la participación o voto del director con interés contrario, no se hubiera podido reunir el quórum o mayoría prevista por la ley 19.550(1008).

En consecuencia, y siguiendo palabras de Halperin(1009), si bien el art. 272 en análisis no dispone la nulidad de las decisiones del directorio, a dicha solución puede llegarse por otras normas (desaparición de la mayoría por la no computación del voto del director afectado; decisión viciada por su influencia cuando sin su voto se mantiene mayoría, etc.). De lo expuesto se desprende que

la violación a la prohibición establecida por el art. 272 de la ley 19.550 no solo implica, para el director infractor, una violación a su deber de lealtad[1010], y al de diligencia de un buen hombre de negocios, pues no actúa de tal manera el administrador de una sociedad comercial que ignora una prohibición legal expresamente prevista por el ordenamiento societario, sino que tal actuación trasciende sobre el funcionamiento de la sociedad, en tanto puede implicar la declaración de nulidad de las decisiones de su órgano de administración.

Del mismo modo, debe también recordarse que el incumplimiento por el administrador de sus obligaciones legales —y no otra cosa implica la falta de respeto a las prohibiciones previstas en su actuación como tal—, puede ser origen de su remoción con causa (art. 113 de la ley 19.550).

De manera tal que el desconocimiento, por parte del director de una sociedad anónima, de la prohibición prevista por el art. 272, de ninguna manera puede ser considerada como una infracción formal frente a la inexistencia de daños y perjuicios. Por el contrario, esa manera de actuar constituye una grave infracción a sus obligaciones y una violación al estándar de conducta que le impone el art. 59, atento los efectos que esa conducta puede ocasionar en el funcionamiento de la sociedad.

§ 3. La actuación de los restantes directores y síndicos en caso de violación al art. 272 de la ley 19.550

Aclarado lo expuesto, debe clarificarse la situación en que se encuentran los restantes directores, síndicos y los consejeros de vigilancia frente a la infracción, por uno o varios directores, de la prohibición establecida por el art. 272 de la ley en análisis.

En primer lugar, tratándose del órgano de fiscalización de la sociedad, por expresa directiva del art. 294, inc. 9º de la ley 19.550, deben sus integrantes impugnar de nulidad la respectiva decisión del directorio en los casos que la violación a la norma prevista por el art. 272 haya contribuido para la adopción de un acuerdo de ese órgano, adoptando todas las medidas necesarias para obtener la convocatoria a una asamblea de accionistas a los efectos de considerar la conducta del o los directores infractores del deber de lealtad previsto en el art. 272 de la ley 19.550, pues de lo contrario podrá ser objeto de remoción con causa y de las acciones de responsabilidad correspondientes, por aplicación de lo dispuesto por los arts. 296 y 297 de la ley societaria.

En cuanto a los directores carentes de interés contrario, cabe diferenciar entre aquellos que conocían el conflicto de intereses, de aquellos que los desconocían, quienes carecen, por ello, de toda responsabilidad. En cuanto a los primeros, se le extiende la responsabilidad prevista para los directores infractores, pues se

trata de un incumplimiento a expresas normas legales, y en la medida en que, como hemos visto, la custodia del respeto a la ley, el estatuto o reglamento y fundamentalmente del interés social, forma parte del deber de lealtad y diligencia, previstos por el art. 59 de la ley 19.550.

§ 4. El deber de lealtad de los administradores de personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación

Siguiendo siempre los lineamientos del ordenamiento societario (art. 272 LS), el tercer párrafo del art. 159 del CCyCN dispone que si en determinada operación, los administradores tuvieran un interés contrario al de la persona jurídica, ya fuere por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso, al órgano de gobierno, y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. Dicha norma es insuficiente, pues carece, a diferencia de su norma antecedente, de la sanción correspondiente en caso de infracción, que no debe limitarse a la responsabilidad prevista en el art. 160 CCyCN, sino que también repercute sobre la validez del acto, como lo ha admitido la doctrina y resuelto mayoritariamente la jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles en torno a lo dispuesto por el art. 248 de la ley 19.550, cuando consagra parecida norma en torno a la actuación de los accionistas que en una asamblea emiten su voto favoreciendo sus intereses personales en lugar de contribuir a la consecución del objeto social, en todos sus aspectos.

Por otro lado y en lo que se refiere al último párrafo del art. 159 del CCyCN, coincidimos en la difícil comprensión de lo allí establecido, cuando prescribe que les corresponde —a los administradores de las personas jurídicas—, implementar normas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflicto de intereses en sus relaciones con las personas jurídicas.

Esta norma fue extraída del informe elaborado por la Subcomisión de juristas a quien se le encomendó la reforma a la ley 19.550 de sociedades comerciales, a los fines de su adaptación al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, integrada por los profesores Rafael Mariano Manóvil, Efraín Hugo Richard y Horacio Roitman, quienes habían propuesto una modificación al art. 59 de la ley 19.550, redactado, su primer párrafo, en los siguientes términos: "Art. 59: Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Deben hacer prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés. Les incumbe implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la sociedad y en las de ésta con otras personas a las que estén vinculadas...". Es importante destacar que esta disposición no fue incluida en la ley 19.550, conforme la versión de la ley 26.994, sino que, con ligeras modificaciones, la reprodujeron en el tercer párrafo del art. 159 del Código Civil y Comercial de la Nación, en la parte dedicada a las personas jurídicas en

general, exhibiendo una vaguedad que no es propia de una norma general, sin existir antecedentes en nuestro derecho positivo ni jurisprudencia judicial o administrativa respecto a sistemas o medios preventivos para reducir conflictos de intereses en las relaciones entre el administrador y el ente.

Art. 273.—

Actividades en competencia. El director no puede participar por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la asamblea, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 54, 59, 133, 235. LSC Uruguay: art. 389.

§ 1. Prohibición de competencia con la sociedad

En las sociedades anónimas, y a diferencia de lo que acontece en las sociedades por parte de interés, no está vedado a los accionistas, al menos como principio general, la realización de actos en competencia con la sociedad, sin perjuicio de la obligación de indemnizar a la misma, en caso de que esa actividad ocasionare perjuicios al ente (art. 54 de la ley 19.550).

Por el contrato, el art. 273 prohíbe expresamente a los directores actuar en competencia con la sociedad que administran, lo cual es consecuencia del deber de lealtad que es inherente a la función que cumplen, salvo autorización expresa de asamblea de accionistas. La prohibición legal se basa en la necesidad de que el socio dedique todos sus esfuerzos a la sociedad, aplicando sus conocimientos a la gestión de los negocios sociales y no desviándolos a la gestión de actividades en interés particular.

La prohibición no solo abarca actuaciones habituales de competencia, sino también las esporádicas, pues dado el cúmulo de poderes y facultades que ostenta el directorio de una sociedad anónima, es dable exigirles a sus integrantes que mantengan una conducta leal, honesta y prudente durante todo su desempeño[1011].

La prohibición descripta no solo se refiere a la actividad de los administradores actuando en nombre y por cuenta propia, sino también por cuenta de terceros, sea como administradores de otra sociedad que desarrolla las mismas o

análogas actividades, sea como mandatarios, comisionistas, gestores de negocios, etcétera.

La violación de esta disposición y sin perjuicio de su remoción, hace responsable al director infractor por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad, que no puede ser extinguida por aprobación de su gestión, renuncia o transacción resuelta por asamblea de accionistas, en tanto ello implica una violación a una expresa norma legal.

El consentimiento de la asamblea de accionistas, cuya naturaleza la ley no define, pero se entiende como extraordinaria (art. 235, párrafo 1º), debe ser expresa, no siendo suficiente el consentimiento tácito que resultaría del conocimiento sin protesta o actuación para impedirlo[1012]. También debe ser previa al comienzo de la actividad en competencia, pues tal es el alcance de la expresión "autorizar" que emplea el art. 273 en análisis[1013].

La violación de la prohibición se sanciona de la siguiente manera: a) con la remoción del director infractor y, b) su responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a la sociedad (negocios perdidos por esta, clientela desviada, etc.).

Art. 274.—

Mal desempeño del cargo. Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en de las personas que han de desempeñar las (uniones deben ser inscriptas en el Registro Público el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.

Exención de responsabilidad. Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 59, 72; Código Civil: arts. 512; Com. Nac. Val.: res. gral. 21/1971: art. 8º. LSC Uruguay: art. 391.

§ 1. El régimen de responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas

1.1. Principios generales

Si bien la ley 19.550 establece en el art. 59 el principio general en materia de la responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales, disponiendo expresamente que los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, y los que faltaren a sus obligaciones son responsables, solidaria e ilimitadamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción y omisión, lo cierto es que la reglamentación de esa norma fundamental, en lo que se refiere a concretos supuestos de responsabilidad, plazos, exenciones y eximiciones, acciones judiciales y otras cuestiones procesales e intrasocietarias, se encuentra dispuesto en los arts. 274 a 279 de la ley 19.550, aunque ellas son plenamente aplicables, en lo que fueran compatibles con el tipo, a los gerentes de responsabilidad limitada, a los administradores de las sociedades en comandita por acciones o de cualquier otro tipo societario previsto por la ley 19.550, pues no existen argumentos que justifiquen que las normas previstas en estos artículos estén exclusivamente destinados a las sociedades anónimas, salvo cuando, como sucede con el art. 157 de la ley 19.550, el legislador ha previsto un particular régimen de responsabilidad para los gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, cuando el órgano de administración de la misma —gerencia— está organizado en forma plural no colegiada, lo que es inadmisible para las sociedades anónimas.

Aclarado ello, oportuno es señalar que en materia de responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, las normas rectoras de nuestro ordenamiento societario lo constituyen los arts. 59 y 274 de la ley 19.550, habiéndose sostenido que la primera no es más que la cristalización en una norma societaria de las pautas generadoras de responsabilidad previstas por el ordenamiento común por los arts. 1724 y 1725, del Código Civil y Comercial de la Nación.

Precisamente, los arts. 274 y ss. de la ley societaria, fundados en el principio genérico establecido por el derogado art. 1109 del Código Civil y hoy por los arts. 1724 y 1725 del Código Civil han establecido el régimen de responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas, que resulta adecuado al carácter colegiado de este órgano, que impone a todos sus integrantes una actividad permanente, continua y coordinada en la gestión social.

Debe retenerse un principio fundamental en materia de responsabilidad de los directores: es el carácter colegiado del directorio lo que determina que la responsabilidad de todos sus integrantes sea solidaria e ilimitada, hacia la

sociedad, accionistas y terceros por el mal desempeño de su cargo, conducta esta que no solo queda configurada, como se analizará oportunamente, por la participación activa de cada director en los hechos generadores de responsabilidad (como sucede en cualquier administración plural no colegiada: art. 157 de la ley 19.550), sino también por una conducta omisiva o negligente, sin la cual el daño podría haber sido evitado.

En este sentido, ha sido resuelto por nuestros tribunales comerciales en innumerables ocasiones, que la responsabilidad del director de una sociedad anónima nace de la sola circunstancia de integrar el órgano de administración, de manera que cualquiera sean las funciones que efectivamente cumple un director, su conducta debe ser juzgada en función de la actividad obrada por el órgano y ello aunque el imputado alegue que su función fue puramente nominal o no haya actuado efectivamente en los hechos que se reputan disvaliosos, pues en función de cualquier órgano de conducción la de controlar la calidad de la gestión empresaria, dando lugar su incumplimiento a una surte de culpa in vigilando, pues el distingo entre la condición de administradores y su ejercicio efectivo, en torno a una cuestión concreta, antes de dispensarlos de responsabilidad, la agrava, porque comporta no haberse interesado debidamente de la conducción del ente(1014).

La circunstancia de que la responsabilidad solidaria e ilimitada de los directores tenga su fundamento en la naturaleza colegiada del directorio, no significa que la responsabilidad prevista en los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 debe considerarse objetiva, pues tratándose de una obligación de medios y no de resultados, el deudor está obligado a prestar una conducta que razonable pero no necesariamente conducirá al resultado esperado por el acreedor.

Si bien no parece controvertido que la responsabilidad de los directores es siempre de carácter subjetivo, ha sido resuelto que, tratándose de la responsabilidad de los directores de una sociedad anónima, la única manera de analizar la conducta de los directores en forma personal solo está permitida cuando se presentan los requisitos previstos por la segunda parte del art. 274 de la ley 19.550, esto es, cuando por estatuto, reglamento o decisión asamblearia concreta, se les haya asignado determinadas funciones y se encuentren inscriptos esos documentos en el Registro Público, o que los directores hayan actuado de conformidad con lo establecido en la tercera parte de la referida norma, esto es, cuando ellos hayan dejado constancia de su protesta en el acta de la reunión de directorio que decidió llevar a cabo una operación, y diese noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, autoridad competente o se ejerza la acción judicial(1015), lo cual nos parece un criterio muy estricto, pues olvida la abundante jurisprudencia recaída en esta materia, conforme a la cual para que se configure la responsabilidad del administrador societario, deben concurrir todos los presupuestos de la responsabilidad civil, esto es, probar que su incumplimiento ha generado un perjuicio concreto al patrimonio social, la existencia de culpa o dolo por parte del mismo, la adecuada relación de causalidad entre tal inconducta y el daño infligido a la sociedad, de manera tal que nada justifica que el director pueda demostrar la inexistencia de culpa de su parte, aún cuando el supuesto

de irresponsabilidad invocado no encuadre en los presupuestos previstos en la ley 19.550 sino en los supuestos previstos a tal fin por el ordenamiento común.

En definitiva, y de conformidad con el régimen especial previsto por los arts. 59 y 274 a 279 de la ley 19.550, si bien la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los directores por los daños irrogados a la sociedad se presume, los directores pueden, a los fines de evitar su responsabilidad, demostrar, atento las circunstancias del caso, que no han participado de la conducción o en la realización de las inconductas imputadas a los restantes directores.

§ 2. La responsabilidad de los administradores de personas jurídicas en las normas del Código Civil y Comercial de la Nación. Aplicación al régimen societario. El deber de prevención del daño

En cuanto al principio general en materia de responsabilidad de los administradores de personas jurídicas, contenido en el art. 160 CCyCN, que es plenamente aplicable, en lo que resultara compatible, a los administradores societarios, es importante destacar que la fórmula utilizada por el legislador, en cuanto dispone que "Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión", abreva de lo dispuesto por los arts. 59 de la ley 19.550, aunque debe lamentarse que se omitió incluir al dolo, que constituye otro factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y que se configura, a tenor de lo dispuesto por el art. 1724 del CCyCN, por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Esta omisión, no obstante, no excluye al dolo como conducta generadora de responsabilidad, pues si los administradores de las personas jurídicas responden por culpa, entendida como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y lugar, comprendiendo expresamente (art. 1724 del CCyCN) la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte y la profesión, mal puede excluirse al dolo, cuando éste implica intención de dañar a sabiendas. Recuérdese que, tratándose de una norma imperativa, el art. 274 de la ley 19.550, que incluye expresamente al dolo como conducta generadora de daño resarcible por parte del director, predomina sobre la norma del art. 160 del CCyCN, que si bien es imperativa, cede ante aquella, de conformidad con lo dispuesto por el art. 150 del mismo ordenamiento legal.

La responsabilidad de los administradores de personas jurídicas, por los daños causados en ejercicio o en ocasión de sus funciones, por acción u omisión, no libera a la persona de existencia ideal de su responsabilidad propia frente a sus miembros o terceros afectados por aquella ilegítima actuación. Así lo dispone expresamente el art. 1763 del CCyCN, cuando prescribe que "la persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones", sin perjuicio, claro está, de las posteriores

acciones de responsabilidad que la persona de existencia ideal pueda entablar contra quienes fueron responsables de tal conducta, siendo de lamentar que el Código Civil y Comercial de la Nación no haya incorporado un mecanismo especial para el ejercicio de las acciones de responsabilidad aplicable a todas las personas jurídicas de carácter privado, como lo hacen los arts. 274 a 279 de la ahora denominada ley general de sociedades.

La obligación de los administradores de las personas jurídicas, y esto vale para el régimen de las sociedades, es de medios y no de resultados —salvo algún caso excepcional, como lo es el deber de llevar la contabilidad regular conforme a lo dispuesto por los arts. 320 a 331 del Código Civil y Comercial de la Nación—, toda vez que solamente tienen el deber de poner la diligencia, lealtad y profesionalidad necesarias para lograr el objeto de la persona jurídica, que puede no llegar a concretarse, no por mal desempeño del cago, sino —entre otros motivos— por la adversa fortuna de los negocios(1016).

La responsabilidad de los administradores por los daños causados a la entidad, sus miembros y/o terceros comprende no solo los daños directos, sino también los indirectos, actuales o futuros, ciertos y subsistentes (art. 1739 del Código Civil y Comercial de la Nación). La aclaración es importante, porque a partir de la vigencia de este nuevo ordenamiento legal, se pondrá fin a la absurda jurisprudencia de los tribunales mercantiles que descartan la acción individual de responsabilidad del administrador societario frente a los socios o accionistas y que se encuentra prevista por el art. 279 de la ley 19.550, cuando el daño no hubiera sido directo, con lo cual se priva de toda posibilidad de resarcimiento a quien, como consecuencia de las actuaciones u omisiones de los administradores han sufrido en su patrimonio como consecuencia del menor o nulo valor de las acciones o participaciones societarias que el accionista socio fuere titular. Volveremos a ello al comentar el art. 279 de la ley 19.550.

Repárese asimismo que, a tenor del nuevo régimen de responsabilidad civil previsto en el Título V del Libro III del Código Civil y Comercial de la Nación, que se refiere al deber de prevención del daño, los arts. 1710 y 1711 prevén la obligación de toda persona de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, promoviendo la acción preventiva correspondiente, sin que sea exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Esta norma es plenamente en materia de administración societaria, en especial y a mero título de ejemplo, ante la existencia de sociedades infracapitalizadas, dejando al alcance de todo aquel que demuestre un legítimo interés, entre los cuales se encuentran obviamente los administradores o y miembros de las personas jurídicas privadas, el iniciar las acciones tendientes a que cese la conducta que lo pone en estado de riesgo(1017).

§ 3. Naturaleza y fundamento de la responsabilidad de los directores

Mucho se ha escrito sobre la naturaleza de la responsabilidad de los directores de una sociedad anónima y no creo necesario abordar una polémica que considero agotada. Si se trata de una acción social, iniciada por la sociedad o por los accionistas a título social, la responsabilidad será contractual, pues la relación entre la sociedad, sus directores y sus accionistas tienen origen y fundamento en el estatuto e idéntica responsabilidad tienen los directores con los accionistas, cuando éstos intentan contra aquellos la acción individual de responsabilidad, por daños sufridos en su propio patrimonio. En cuanto a la responsabilidad de los directores con respecto a terceros, la eliminación por el Código Civil y Comercial de la Nación, de toda diferencia de tratamiento en entre las órbitas contractual y extracontractual, torna aplicable los principios generales aplicados en la ley 19.550, a los cuales se suma, en lo que respecta a la finalidad resarcitoria, las funciones preventivas y punitivas (art. 1711) y punición excesiva (art. 1714).

En cuanto al fundamento de la responsabilidad de los directores, se advierte de inmediato, de una simple lectura de las normas que la ley 19.550 dedica al funcionamiento de todos los órganos sociales, que el legislador ha intentado preservar a la sociedad, como persona jurídica independiente a la de sus miembros o integrantes (art. 2º de la ley 19.550), de las consecuencias de una mala gestión de sus administradores, y por ello ha conferido a los accionistas, directores y síndicos la posibilidad de accionar individualmente en defensa del patrimonio social, lo cual una mayor explicación.

El carácter de sujeto de derecho que la ley 19.550 se ha preocupado de otorgar expresamente a las sociedades comerciales, no puede jamás hacer olvidar, precisamente por el carácter instrumental de la personalidad de que las mismas gozan, que detrás de las personas colectivas están las personas físicas que son las que determinan las conductas asumidas por aquellas.

Tales premisas imponen que la actuación de las personas jurídicas no ponen punto final a la responsabilidad personal de quienes han tenido suficiente injerencia en la determinación de la voluntad de aquella y que han causado un daño al patrimonio de la sociedad. En otras palabras, la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la que les incumbe a los individuos que obran los hechos imputables a ellas.

Por tales circunstancias es que el legislador ha conferido también a los accionistas, a título personal y a los terceros la posibilidad de accionar contra los directores de la sociedad, por los daños sufridos a título personal (art. 279 de la ley 19.550), pues de lo contrario, podría llegarse al resultado no querido por la ley, de encontrarse aquellos con un sujeto insolvente que no podría hacerse responsable efectivamente por las consecuencias de su propia actuación, cuando ésta ha sido consecuencia de la actitud de quienes tienen la facultad de determinar la voluntad del ente.

Como bien ha sido sostenido por nuestra jurisprudencia, el elemento psicológico que la persona física aporta al órgano del ente colectivo, constituye el fundamento de su responsabilidad personal por las consecuencias dañosas que, en definitiva, produce el comportamiento social[1018], y en forma más categóricamente se ha sostenido que los actos reprochables que hubieren realizado los administradores de sociedades comerciales no son "actos de terceros", pues sus consecuencias se extienden a todos los órganos de la sociedad"[1019].

En definitiva, la finalidad de la ley 19.550 ha sido mantener indemne el patrimonio de la sociedad por las consecuencias que la actuación de sus administradores y, por ello, todas las consecuencias dañosas que repercutan sobre el ente ideal deben rehacer sobre quienes han tenido la posibilidad de forjar la voluntad social. Este es el fundamento de las acciones de responsabilidad previsto por los arts. 274 a 278 de la ley 19.550.

Sin embargo, la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas tiene un límite, que se encuentra definido por el art. 274 de la ley 19.550 el cual, en concordancia con lo dispuesto por el art. 59 de la misma, ha acotado la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas cuando las consecuencias perjudiciales de los actos de las mismas hayan sido el resultado del mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, estatuto o reglamento, y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Interpretando armónicamente ambas normas, los directores son responsables solidaria e ilimitadamente, por las consecuencias dañosas que a la sociedad, sus socios o terceros haya ocasionado su actuación, cuando la misma no haya sido congruente con una actuación caracterizada por la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, o cuando haya violado la ley, el estatuto o reglamento, así como por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Un segundo límite para la responsabilidad de los directores lo constituye la producción de efectivos daños a la sociedad, pues no basta demostrar que el administrador ha incumplido con sus obligaciones legales y estatutarias, o que haya incurrido en negligencia culpable en su desempeño, sino que, para que se configure su responsabilidad, deben concurrir los otros presupuestos de la teoría general de la responsabilidad civil, esto es, probar que aquel incumplimiento o comportamiento ha generado un perjuicio concreto al patrimonio social y la adecuada relación de causalidad entre tal inconducta y el daño causado. La jurisprudencia ha sido coincidente en este aspecto[1020].

§ 4. Las acciones judiciales de responsabilidad

Si bien el art. 274 de la ley 19.550 dispone que los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y terceros, ante los supuestos previstos por el primer párrafo de dicha norma, es necesario precisar que no todas las acciones de responsabilidad tienen la misma naturaleza y fundamento, debiendo entenderse que el art. 274 de la ley 19.550 se limita a enunciar determinados principios generales en materia de responsabilidad de los directores y que los artículos siguientes —arts. 275 a 279— detallan y reglamentan esas acciones, conforme su distinta naturaleza, pues en principio no tienen el mismo fundamento ni el mismo contenido —como veremos— las acciones de responsabilidad promovidas por la sociedad o un socio o accionista que las acciones de responsabilidad promovidas por terceros contra los directores de sociedades anónimas.

Es pues esencial distinguir dos perspectivas sustancialmente diversas en las acciones orientadas a la responsabilidad directorial: por una parte, las de carácter social, pues estas tienden a la tutela del interés social, cualquiera fueran sus variantes o alcances y por el otro, la acción individual, pues en el primer caso, el fundamento de la misma es obtener la recomposición patrimonial de la sociedad, disminuido por las inconductas de sus directores, mientras que en la segunda, esto es, en la acción individual, se trata de recomponer una lesión particular sufrida por el socio o tercero en su patrimonio.

Atento precisamente su fundamento y contenido, el sujeto activo de la acción social de responsabilidad es la propia sociedad, la cual es la perjudicada directamente por la mala gestión de sus directores, pero puede ocurrir, y de ordinario ello ocurre, que los directores sean remisos en iniciar esa demanda, por ser todos ellos cómplices de la maniobra efectuada y revestir además el carácter de accionistas del ente, integrantes obviamente del grupo de control. Ante una circunstancia como la descripta, la ley 19.550 confiere a los accionistas, individualmente considerados, la promoción de las acciones de responsabilidad, pero teniendo presente que si esta acción persigue la recomposición patrimonial de la sociedad, la acción intentada será siempre de naturaleza social, que en el ámbito legal y forense se conoce como "acción social individual" o "uti singulis", reglada por los arts. 275 a 277 del ordenamiento societario, y si, por el contrario, la demanda de responsabilidad tiende a la reparación de sus intereses particulares, ella será considerada como acción individual, enmarcada en lo dispuesto por el art. 279 de la ley 19.550.

Del mismo modo, también es importante distinguir entre las acciones de responsabilidad previstas por la ley 19.550 de las acciones concursales de responsabilidad previstas por la 24.522 para las sociedades declaradas en quiebra, a las cuales nos referiremos en oportunidad de analizar el art. 278, a cuyo comentario corresponde remitir.

De manera tal y para clarificar un panorama que no siempre se presenta con suficiente claridad, la regulación de la responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales, por su gestión operativa y empresaria, admite la promoción de las siguientes acciones sociales:

1. La acción social mayoritaria de responsabilidad, que puede ser articulada por el representante legal de la sociedad, y en su defecto, por cualquier accionista, previa decisión al respecto y en principio, de una asamblea de accionistas (arts. 59, 234 inc. 3º, 274, 275 y 276 de la ley 19.550.

2. La acción social minoritaria de responsabilidad, que puede ser deducida por los accionistas ante la inacción de la sociedad (arts. 274, 275 y 277 de la ley 19.550).

3. La acción subrogatoria concursal de responsabilidad (arts. 275 in fine y 278 de la ley 19.550) y

4. Las acciones concursales de responsabilidad, que están previstas por el art. 166 de la ley 24.522.

Finalmente, debe tenerse presente que el Código Civil y Comercial de la Nación ha previsto la acción preventiva, en su art. 1711, contemplando dos funciones básicas del denominado derecho de daños: la prevención del daño y su reparación. El deber de prevención se encuentra descripto en el art. 1710, al determinar que el mismo abarca la obligación de evitar un daño no justificado, adoptando, de buena fe y conforme las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; previendo dicha norma que si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. Dicha norma, asimismo, prevé la obligación, siempre que ello dependa de la persona a quien se le reclama una determinada conducta, de no agravar el daño, sin este efectivamente ya se produjo.

Como afirma Gabriela Boquin, el Código Civil y Comercial busca fundamentalmente prevenir los efectos de eventuales hechos dañosos y del agravamiento de las consecuencias una vez producido el evento dañoso. Es que la responsabilidad civil ha reformulado sus finalidades y ya no es solo resarcitoria sino también preventiva[1021].

§ 5. Análisis concreto de las causas generadoras de responsabilidad de los directores

De conformidad con lo dispuesto por el primer párrafo del art. 274 de la ley 19.550, los supuestos generadores de la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas son los siguientes:

5.1. Mal desempeño del cargo

Como habíamos señalado, el primer presupuesto de la responsabilidad de los administradores está configurado por el mal desempeño de su cargo, el cual queda establecido en los siguientes supuestos:

1) Actuación desleal o no diligente de los administradores.

2) Violación de la ley, estatuto o reglamento.

3) Dolo, abuso de facultades o culpa grave de los directores.

En puridad, muchas de las hipótesis descriptas por el legislador en el art. 274 de la ley 19.550 se superponen entre sí, pues si se entiende por diligencia de un buen hombre de negocios, idoneidad, capacidad y conocimiento suficiente de la actividad que constituye el objeto de la sociedad[1022]en todos sus aspectos, inclusive sobre el funcionamiento interno del ente, así como dedicación al desempeño del cargo todo el tiempo que el mismo requiere, la violación de la ley, estatuto o reglamento queda incluido dentro del concepto de diligencia, mencionado expresamente por el art. 59 de la ley societaria.

Del mismo modo, tampoco encuentra suficiente explicación la referencia que se hace a la "culpa grave", como generadora de responsabilidad, cuando incluso nuestro hoy derogado ordenamiento civil había abandonado la antiquísima clasificación de la culpa, unificando la misma dentro del concepto previsto por el art. 513 del Código Civil, que la define como la omisión de aquellas diligencias que exigen la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de personas, del tiempo y del lugar, que se adapta a la perfección en materia de responsabilidad de administradores de sociedades comerciales. Bastaba pues una simple referencia al concepto de culpa, atento a las facultades que el art. 512 del Código Civil confiere al juzgador para apreciar la misma.

En cuanto a la remisión efectuada al art. 59 de la ley 19.550, ejemplos de la infracción al deber de actuar con lealtad por parte de los directores de sociedades anónimas los encontramos en lo dispuesto por los arts. 241, 271 a 273 del mismo cuerpo legal. En virtud de ello, si el director prioriza sus intereses personales en desmedro del interés social y con ello causa un daño a la sociedad, su responsabilidad personal es evidente, la cual arrastra a la de los restantes directores que consintieran, expresa o implícitamente esa actuación desleal.

La actuación del director sin la diligencia de un buen hombre de negocios requiere mayores precisiones, pues se parte de la idea de que quien acepta el cargo de director sin tiempo para ello, o sin la menor capacidad para administrar la sociedad, incurre en mal desempeño de su cargo, aun cuando no haya participado activamente en los hechos generadores de responsabilidad. Lejos se encuentra del ánimo del legislador permitir que la alienación de un administrador en los negocios sociales constituye una causal exculpatoria de su propia responsabilidad, y la jurisprudencia, desde el célebre caso "Flaiban"[1023]ha sostenido reiteradamente que la responsabilidad de un director de una sociedad anónima nace de la sola circunstancia de integrar el órgano de administración, de manera que cualquiera fueren las funciones que el mismo ha desempeñado

efectivamente, su conducta debe ser calificada en función de la actividad obrada por el órgano, aun cuando el sujeto no haya actuado directamente en los hechos que motivan el encuadramiento, pues es función de cualquier integrante del órgano de administración la de controlar la totalidad de la gestión empresaria, dando lugar su incumplimiento a una suerte de culpa in vigilando"[1024].

Y más concretamente ha sido resuelto que la invocación por parte del director de haber participado en la administración de la sociedad como una presencia "meramente decorativa", derivada de su relación de parentesco con el presidente y verdadero `dueño' de la empresa, no constituyen ciertamente un eximente de responsabilidad, pues la falta de injerencia o participación en las actividades sociales demuestra una evidente negligencia en el desempeño de la actividad directiva, ya que ello acarrea un desconocimiento de la marcha de los negocios sociales y la simultánea delegación de facultades en otras personas, que a su vez posibilita el accionar fraudulento en perjuicio de los intereses de la sociedad, que los directores no pueden dejar de velar, por corresponder a ellos el control de la totalidad de la gestión empresaria"[1025].

Esos antiguos precedentes jurisprudenciales no hacen otra cosa que ratificar conceptos que son fundamentales de tener en cuenta a los efectos de encuadrar la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas, y que se pueden concretar de la siguiente manera: la función del director no solo comprende la de intervenir activamente en la gestión social, sino también controlar y vigilar directa y celosamente el desarrollo de la empresa, poniendo en funciones los mecanismos necesarios para evitar la consumación del daño a la sociedad, cuando ha sido ajeno a los hechos generadores del mismo.

Vale pues reiterar, como corolario de lo expuesto, las expresiones de DE GREGORIO, quien insistía que, como principio general en materia de responsabilidad de los directores, la base de la misma está siempre en el presupuesto de culpa, aunque no sea otra cosa que la de mantener un cargo, cuyo contenido está establecido por la ley, sin tener el tiempo o la aptitud necesaria para ejercitarlo[1026].

Aclarado lo expuesto, la aplicación al tema de lo dispuesto por el art. 1725 del Código Civil y Comercial —antes art. 902 del Código Civil— es insoslayable, y en consecuencia, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

Queda así definido el concepto de culpa como generador de la responsabilidad personal de los directores de las sociedades anónimas, esto es, consecuencia de los actos que han ocasionado daños a la sociedad, como omisiones en las diligencias previstas por la ley que, de haberlas realizado, podrían haber evitado los mismos.

Los directores de las sociedades anónimas son también responsables, en forma solidaria e ilimitada, por la violación a la ley, el estatuto o reglamento, así como por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Por abuso de facultades deben entenderse los actos realizados por los directores que han excedido la competencia del órgano de administración o violado el régimen de representación, estatutariamente establecido. Ello sucedería en el caso de reemplazarse fácticamente la actividad propia del objeto social por cualquier otra diferente de aquella, sin decisión previa de la asamblea. Del mismo modo, incurriría en abuso de facultades el director que consiente, en forma expresa o tácita, la infracción al régimen de representación plural.

Finalmente, y terminando con una llamativa ambigüedad que se desprendía en el derogado Código Civil en torno a la figura del dolo, que había originado una extensa controversia judicial(1027), el art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación, establece que el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, lo cual ha simplificado el problema de definir el concepto de dolo, al momento de resolver las acciones de responsabilidad.

5.2. La producción de daños concretos a la sociedad. Diferencias con la acción de remoción

La existencia de daños concretos en el patrimonio de la sociedad en la acción social de responsabilidad y en el patrimonio personal de los accionistas o de terceros, en la acción individual de responsabilidad, son presupuestos inexcusables para la aplicación de lo dispuesto por los arts. 274 a 279 de la ley societaria, pues es improcedente analizar la configuración del desempeño de un mal administrador si del otro lado no existe perjuicio que se deba reparar, pues como ha dicho la jurisprudencia, el reproche deriva de la responsabilidad contractual asumida por los directores, en la cual, para que se configure la culpa, es preciso demostrar el daño(1028).

En tal sentido, la ley 19.550 nada ha innovado en cuanto a los presupuestos en materia civil a fin de determinar la responsabilidad u obligación de resarcir, y en consecuencia, el daño debe ser cierto, por oposición al eventual, actual o futuro, subsistente, concreto y demostrado(1029), pues si se toma en cuenta que la acción social de responsabilidad tiene por fin reparar el daño sufrido por el patrimonio social y que por ella se trata de reconstruir el mismo, debe convenirse que, para su formulación, resulta imprescindible determinar el daño que la conducta del administrador infirió al patrimonio del ente y precisar, aun prima facie los alcances de ese perjuicio. La jurisprudencia ha descartado al efecto las meras generalizaciones, la invocación de generalidades respecto de la deficiente administración que se imputa, o la sola referencia a supuestos o indeterminados perjuicios(1030).

Este aspecto es, precisamente el que permite diferenciar nítidamente la acción de responsabilidad de la de remoción de los directores, pues esta última, si bien se basa también en el mal desempeño del cargo por parte de los administradores, no requiere la existencia de daños en el patrimonio social.

La acción de responsabilidad tiene como finalidad principal recomponer el patrimonio de la sociedad, mientras que la acción de remoción persigue la

separación del cargo del mal administrador, quien puede incumplir con sus obligaciones de infinitas maneras sin afectar el caudal administrado.

En definitiva, las acciones de remoción y responsabilidad no se encuentran vinculadas inescindiblemente, y solo podrán acumularse cuando la infracción de los directores haya ocasionado un efectivo perjuicio al patrimonio social.

§ 6. Eximición de responsabilidad de los directores

La ley 19.550 establece una serie de supuestos que implican la liberación de los directores del régimen de responsabilidad previsto por el art. 274 de este ordenamiento legal:

a) Cuando por vía estatutaria, reglamentaria o decisión asamblearia mediante, se hayan asignando funciones de administración en forma personal a alguno o todos los directores (art. 274, párrafo 2º).

b) Cuando el director que participó en la deliberación o resolución del directorio, o que la hubiera conocido, dejó constancia escrita de su protesta y dio noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denunciara al directorio, síndico o la asamblea, o a la autoridad competente, o se ejerciera la acción judicial (art. 274 in fine).

c) Cuando la gestión de los directores es aprobada por la asamblea de accionistas, por renuncia expresa o transacción resuelta también por el órgano de gobierno de la sociedad, salvo que esa responsabilidad derive de la violación de la ley, estatuto o reglamento, y si por lo menos no media oposición del cinco por ciento del capital social (art. 275).

El primero de los supuestos mencionados fue incorporado al art. 274 por la ley 22.903, que ha atemperado, en cierta medida, la rigidez del párrafo primero de dicha norma, mitigando la responsabilidad de los administradores por hechos que han escapado de su control, cuando le han sido asignadas a los mismos ciertas áreas de competencia, ya sea por vía estatutaria, reglamentaria o como consecuencia de su acuerdo asambleario.

La ley 22.903 encuentra su antecedente en el fallo de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, de fecha 15 de marzo de 1982, en autos "Compañía Azucarera Tucumana SA s/ quiebra", en donde se tomaron en cuenta diversas circunstancias para juzgar la conducta de sus administradores como, por ejemplo, el momento económico y financiero por el que atravesaba la firma al momento de los hechos generadores de la responsabilidad; dimensión y características de la empresa —se trataba de una sociedad con un gran volumen de negocios—; circunstancias en que el director

debió actuar, pues pareció excesivo al Tribunal, atento a tales antecedentes, imponer responsabilidad a los directores que no tuvieron la gestión inmediata y directa de la empresa y, que aun aplicando la vigilancia y celo de todo buen hombre de negocios, no pudieron estar en condiciones de cohonestar la conducta de los directores implicados.

Ese precedente recogió favorables comentarios de la doctrina nacional[1031], sosteniéndose que el director no es un superhombre que todo lo sabe y que todo lo controla, al cual se le debe asignar responsabilidad en toda la actuación de la sociedad, la cual no puede serle exigida cuando ha mediado una razonable delegación de facultades que, por causas operativas, resultan indispensables para el funcionamiento ágil de la empresa.

La ley 22.903, reformadora del art. 274 de la ley 19.550 no respetó los antecedentes del citado precedente, y permitió la imputación de responsabilidad de cada director, atendiendo a la actuación que a cada uno de ellos le cupo en la administración social, conforme asignación de funciones personales por vía estatutaria, reglamentaria o mediante acuerdo asambleario, sin reparar en que el gran volumen de los negocios y la dimensión de la empresa administrada habían sido los factores determinantes para eximir de la responsabilidad a los directores. En consecuencia, y luego de la reforma efectuada por la ley 22.903, basta inscribir tal asignación de funciones en el Registro Público de Comercio para desvirtuar, de alguna manera, lo previsto por el principio general establecido por el art. 274 de la ley en análisis.

Bien es cierto que, además de aquel precedente jurisprudencial, el art. 512 del derogado Código Civil, que definía la culpa de una manera magistral, como hoy lo hace el art. 1724 del Código Civil y Comercial, permitía a los jueces apreciar la culpa de los directores, a los efectos de su responsabilidad, atendiendo a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, con lo cual de la existencia de daños a la sociedad no se derivaba inescindiblemente la responsabilidad objetiva de los administradores; pero de allí a justificar la redacción del actual art. 274, párrafo 2º, hay una gran diferencia, pues no parece acertado que en una sociedad anónima cerrada o de las llamadas "de familia", integrada por un escasísimo número de socios, pueda limitarse la responsabilidad ilimitada y solidaria de los directores, con el simple recurso de asignarle a los mismos un área específica de actuación en la administración de la sociedad y registrar el acto documental antecedente.

Esta solución desvirtúa incluso una de las características del directorio de la sociedad anónima, esto es, su carácter colegiado, de la cual deriva la responsabilidad solidaria e ilimitada de los mismos.

La inscripción de la asignación de funciones en el Registro Público de Comercio es solo cuestión que interesa cuando la responsabilidad de los directores es exigida por los terceros, en los términos del art. 279 de la ley 19.550, pues si se trata de una acción social de responsabilidad, parece evidente que tal registración poco agrega, pues debe presumirse que los integrantes de la sociedad deben conocer las decisiones asamblearias que asignan funciones

específicas a los directores. Los arts. 12 y 233 de la ley 19.550 ratifican esta conclusión.

El art. 274 in fine de la ley 19.550 establece, bajo el título de "Exención de responsabilidad", otro supuesto de liberación de responsabilidad de los directores, que se presenta cuando el director que participó en la deliberación o resolución del directorio, o que la conoció, dejara constancia escrita de su protesta y diera noticia al síndico, antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, síndico, a la asamblea, a la autoridad competente o se ejerza la acción judicial.

Dicha norma peca por manifiesta insuficiencia, pues limita la posibilidad de exención de responsabilidad de los integrantes del directorio, cuando los hechos generadores de responsabilidad se derivan exclusivamente de una decisión del directorio, cuando lo habitual consiste en que la actuación ilegítima del directorio, en especial cuando es dolosa, no deja rastros documentales en los libros sociales. Del mismo modo, la alusión que hace el art. 274, párrafo 1º, al abuso de facultades, como generador de la responsabilidad de todos los integrantes del directorio, no permite circunscribir la eximición de responsabilidad del director diligente a los supuestos previstos en el artículo en análisis, pues también difícilmente el abuso de facultades sea resuelto en el seno del órgano de administración.

Creemos necesario interpretar al art. 274 in fine, LSC, en congruencia con la finalidad del legislador, en el sentido de que la protesta que es exigida al director a los efectos de eximírselo de responsabilidad, debe ser formulada en cada oportunidad en que exista por parte del directorio, una actuación que pudiere generarle perjuicios a la sociedad.

Ahora bien, y circunscribiéndonos a las hipótesis previstas por el art. 274 in fine, debe señalarse que la protesta del director en el seno del órgano de administración, no debe limitarse a una mera disconformidad con lo resuelto por el directorio, sino que debe ser concreta y precisa, permitiendo de esta manera que los demás integrantes del órgano de administración examinen la razonabilidad de las objeciones planteadas[1032].

La protesta del director y su eximición de responsabilidad no queda enervada por la delegación que el órgano de administración efectúa de sus propias funciones, pues conforme lo resolviera la jurisprudencia, la sola formulación de haber sido requeridos los accionistas para sugerir una venta mejor, no exonera de responsabilidad a los directores por la venta de un bien inmueble de la sociedad a un precio muy inferior a su valor real, pues la tentativa de delegación en otros del cometido propio del directorio, no constituye un elemento absolutorio del mal cumplimiento de los deberes de sus integrantes, toda vez que ninguna regla legal, ni principio general convierte la proposición de abdicar de la función de que se estuviere investido, en una liberación de la responsabilidad por la negligencia en que se hubiera incurrido durante tal labor[1033].

Como principio general, la ley 19.550 no exige a los directores otra actividad, para liberarse de las responsabilidades correspondientes a una actuación

dañosa del directorio, que dejar constancia escrita de su protesta y dar noticia oportuna al síndico, con lo cual traslada al órgano de control toda la actividad necesaria para evitar la consumación de tales actos, quien, por directiva del art. 294 de la ley 19.550 debe realizar las investigaciones necesarias y actuar en consecuencia.

Sin embargo, y como excepción a esa regla, si el hecho generador de responsabilidad proviene de un acuerdo ilegítimo de la asamblea de accionistas, el procedimiento establecido por el art. 294 in fine de la ley 19.550 no resulta suficiente, pues debe además, promover la acción impugnatoria de ese acuerdo, según directiva del art. 251 del ordenamiento citado.

Es destacable, en este aspecto, la relevancia que el legislador ha otorgado a la sindicatura en orden a la eximición de la responsabilidad de los directores, pero lamentablemente la actuación del órgano de control encuentra serios límites en el texto de la ley 19.550, en la medida que no le es otorgado al mismo la facultad de convocar a reuniones de directorio, ni se encuentra legitimado —a tenor del texto literal de los arts. 113 a 117, LSC—, para promover la acción de remoción del directorio.

Ahora bien, el anoticiamiento al síndico de la protesta del director sobre la actuación del órgano de administración no resulta necesario cuando este se encuentra presente al adoptarse el acuerdo impugnado, bastando en este caso la sola constancia del acto de su disconformidad.

La ausencia del director en la reunión del órgano de administración que resolviera la actuación generadora de responsabilidad no constituye causal suficiente de exención de responsabilidad, salvo cuando aquella decisión ha sido adoptada en forma clandestina, omitiendo deliberadamente la participación de aquel. En este caso, su responsabilidad solo le será exigible, en el caso de que, habiendo conocido ese acuerdo o debiendo conocerlo por la naturaleza de las funciones directoriales, no haya dado noticia oportuna a la sindicatura, como lo manda el último párrafo del artículo en análisis.

Recibida por el síndico la protesta efectuada por el director, aquel debe actuar de inmediato, merituando los hechos denunciados y convocando a asamblea ordinaria de accionistas, en los términos del art. 236, inc. 1º de la ley 19.550, a los efectos de que los accionistas tomen conocimiento de los hechos denunciados (arg. art. 294, inc. 11 de la ley 19.550) y resuelvan, eventualmente, sobre la remoción y responsabilidad de los mismos. La omisión por el síndico de tales diligencias, lo hace cómplice de la actuación dañosa del directorio, y responsable por las consecuencias del mismo, en los términos del art. 297 de la ley en análisis.

Si la sociedad ha prescindido de la sindicatura, como lo autoriza el art. 284 de la ley 19.550 luego de la reforma de la ley 22.903, la responsabilidad del director queda eximida cuando ha dejado protesta en el acta de directorio y solicitado en ese mismo acto convocatoria a asamblea de accionistas, a los fines de que los mismos tomen conocimiento de la resolución eventual generadora de daños. Si su responsabilidad puede serle exigida como consecuencia de otra actuación del

directorio, deberá solicitar convocatoria a reunión de directorio, en los términos del art. 267 de la ley 19.550 y actuar allí de la manera antes descripta, y si bien no puede exigírsele la convocatoria judicial a asamblea, pues el art. 236 de la ley citada no lo legitima para ello, una reforma legislativa debería contemplar esa posibilidad, pues la protesta del directorio no solo tiende a eximirlo de responsabilidades sino, y fundamentalmente, pone en funcionamiento un mecanismo que se estima necesario para evitar, dentro de lo posible, la consumación de daños a la sociedad.

Finalmente, y en cuanto a la extinción de responsabilidad por aprobación de su gestión, renuncia y transacción, ello será objeto de especial comentario al analizar el art. 275 de la ley societaria.

§ 7. Comienzo y finalización de la responsabilidad de los directores

La responsabilidad de los directores de la sociedad rige desde la resolución de la asamblea que los hubiere designado, siempre que aquellos hubieran aceptado el cargo, en forma expresa o implícita, a través de su participación en el órgano de administración.

Congruentemente con ello, su responsabilidad finaliza cuando el administrador ha cesado efectivamente en sus funciones, ya sea por renuncia, reemplazo o remoción, pues la responsabilidad que la ley les impone a los directores es directa, en el sentido de que no se puede responder por hechos inherentes a la administración, si no se ha ejercido ese cargo a la fecha de los hechos generadores de la responsabilidad[1034].

Las inscripciones registrales previstas por el art. 60 de la ley 19.550 en nada influyen sobre la responsabilidad de los directores, pues la registración del cese de los administradores en el Registro Público de Comercio constituye solamente una prueba de su desvinculación, pero no la única, habiéndose resuelto al respecto que la existencia de un contrato de compraventa de acciones en el cual los directores se desvincularon de la sociedad, de copias de las actas donde figuran los cambios del directorio y de un acta notarial labrada a requerimiento de aquellos, donde se hace constar que el directorio de la sociedad le exhibió al escribano las copias de las actas de directorio en las cuales se dejaba constancia de la renuncia de los imputados y la designación de nuevos directores, constituyen elementos suficientes para tener a los directores por desvinculados a su cargo"[1035].

§ 8. Algunos supuestos de responsabilidad de los directores admitidos por la jurisprudencia de nuestros tribunales

Nuestra jurisprudencia se ha expedido en numerosas oportunidades en materia de responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas y en tal sentido se ha admitido la responsabilidad de los directores en los siguientes casos:

a) El total abandono de sus funciones y la desaparición del activo de la sociedad: El primer caso en donde se juzgó la responsabilidad de los directores por abandono total de sus funciones fue en el caso "Raich y Prilovker Sociedad Anónima", dictado por la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, del 26 de agosto de 1976, en donde se resolvió desfavorablemente una actuación que, no obstante su manifiesta ilegitimidad, se reitera en forma permanente: la cesación fáctica de la actividad comercial de la sociedad y la liquidación "de hecho" de su activo y pasivo, sin cancelar la totalidad de su pasivo, pues ello es violatorio del proceso liquidatorio expresamente previsto por la ley 19.550 para finalizar los negocios pendientes de la sociedad(1036). Luego de ello fue dictado el fallo "Loschi Aldo c/ Channel One y otros s/ sumario", dictado por la sala D, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 25 de febrero de 1993, en donde se juzgó que los directores de sociedades anónimas —al igual que cualquier administrador de sociedad comercial— tienen la obligación primaria de conservar el patrimonio social y tratar de incrementarlo e informar y dar formales cuentas de su gestión y administración(1037). Se sostuvo expresamente en ese precedente, que el total abandono que los directores y síndico hicieron de sus funciones, constituye una grave negligencia de tales funciones sociales, que conduce a que la contabilidad no sea más la contabilidad legal, que no fuesen celebradas más reuniones de directorio, que no se convocaran tampoco a asambleas, y que no se confeccionaran los balances, lo que provoca que la sociedad ingrese en la más absoluta indefinición jurídica, constituyendo el nexo de causalidad entre la actuación de los directores demandados y el daño ocasionado a la sociedad, por cuyo patrimonio neto deben responder. Finalmente, no puede dejar de hacerse referencia a la sentencia recaída en el caso "Cancela Echegaray Guillermo c/ Compartime Sociedad Anónima y otros s/ sumario",(1038)en donde se condenó en forma solidaria e ilimitada a todos los directores de la sociedad demandada, ante el abandono total de la actividad comercial de la sociedad por parte de ellos, lo que provocó la inmediata desaparición de la compañía del mercado, impidiendo la ejecutabilidad de una sentencia firme dictada contra la sociedad y pasada en autoridad de cosa juzgada en sede laboral.

b) La venta de un inmueble de la sociedad a un precio muy inferior al real(1039).

c) La omisión de solicitar su concurso preventivo en forma muy posterior a la fecha de cesación de pagos, agravando el pasivo social(1040).

d) La disposición de bienes sociales para favorecer a otro ente en el que parte importante de los accionistas eran comunes, adquiriendo un crédito totalmente ajeno a la sociedad sin contrapartida ni beneficio[1041].

e) La falta de conservación de los bienes del activo de la sociedad y de informar a los accionistas sobre el destino de los elementos que lo componen[1042].

f) El retiro de fondos de la sociedad que nunca ingresaron a la caja social[1043].

g) La desviación de inversiones sociales en beneficio de los integrantes de la sociedad[1044].

h) La distribución de intereses o dividendos anticipados o provisionales, o cuando se tratarse de sociedades anónimas incluidas en el art. 299 de la ley 19.550, sin resultar de balances especiales (art. 224 de la ley 19.550)[1045].

i) El haber tomado la sociedad un préstamo con un interés excesivo[1046];

j) Cuando una sentencia judicial declaró el exceso de las remuneraciones percibidas por los integrantes del directorio[1047];

k) La confección de balances falsos y el aprovechamiento de la empresa para el uso particular de algunos directores[1048].

l) El préstamo a una entidad financiera que tenía un altísimo grado de endeudamiento hacia la sociedad[1049].

m) El incumplimiento de la obligación inherente a los administradores de toda sociedad de llevar y conservar los libros de comercio, atento la función que los mismos cumplen en interés del comercio en general, pesando sobre los mismos la responsabilidad de su custodia, lo que los hace responsables en caso de extravío o destrucción[1050].

Por el contrario, se descartó la procedencia de las acciones de responsabilidad contra los directores, fundadas solo en la insuficiencia patrimonial del ente, pues se consideró, con justa razón, que ello de por sí no es suficiente para determinar la responsabilidad de los administradores, debiendo haberse probado, para obtener los resarcimientos correspondientes, que el resultado negativo de la actividad social derivó como consecuencia de conductas que configuraron mal desempeño en el cargo, conforme con las reglas del art. 274 de la ley societaria[1051].

Art. 275.—

Extinción de la responsabilidad. La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento y si no media oposición del 5% del capital social, por lo menos. La extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 272, 273, 274. LSC Uruguay: art. 392.

§ 1. Extinción de responsabilidad. Supuestos

El art. 275 de la ley 19.550 prevé como causal de extinción de la responsabilidad, la aprobación de la gestión de los administradores o la renuncia expresa o transacción, resuelta en todos los casos por el órgano de gobierno de la sociedad.

La aprobación de la gestión de los directores, en primer lugar, debe ser expresa, resuelta por la asamblea ordinaria de accionistas, recordándose que la aprobación de los estados contables no implica liberación de responsabilidad (art. 72 de la ley 19.550). Idéntica expresión del órgano de gobierno exige el art. 275 en el supuesto de acordar los accionistas la renuncia a la acción de responsabilidad, renuncia que no puede inferirse de la falta de resolución asamblearia luego de haber deliberado el órgano de gobierno sobre la responsabilidad de los administradores.

Tratándose de obligaciones solidarias, debe recordarse que la renuncia hecha con cualquiera de los directores extingue la obligación (art. 835 del Código Civil y Comercial de la Nación), pero la renuncia a la solidaridad solo en provecho de alguno de ellos no afecta la obligación de los restantes, la cual continuará solidaria, con deducción de la cuota correspondiente al deudor dispensado de la solidaridad (art. 837 del cuerpo legal citado)

La transacción, por su parte, debe ser aprobada por la asamblea de accionistas (art. 234, inc. 3º de la ley 19.550), debiendo tenerse presente que:

a) La transacción hecha con uno de los directores aprovecha a los restantes, lo cual se explica por la solidaridad establecida en el art. 274 de la ley societaria.

b) Si la transacción versara sobre derechos litigiosos, la misma no podrá hacerse valer sino presentándose al juez de la causa, firmada por los interesados, como requisito de validez.

Estas formas de extinción de responsabilidad son asimismo de aplicación a los gerentes especiales o generales, los cuales deben también obrar con la lealtad

y diligencia exigida por la ley a los administradores, actuando en favor del interés social, en función del objeto y de la actividad de la sociedad[1052].

Pero en cualquiera de los casos previstos por el art. 275, la asamblea de accionistas no puede extinguir la responsabilidad de los administradores o gerentes cuando ha mediado violación de la ley, estatuto o reglamento, o mediara la oposición del cinco por ciento del capital social como mínimo, de lo cual surge que, si bien corresponde a una asamblea ordinaria de accionistas el juzgamiento de la responsabilidad de aquellos, no rige el régimen de mayorías previsto por el art. 243 para la extinción de su responsabilidad, pues la oposición de una minoría representativa de ese porcentaje accionario enerva la virtualidad de tal acuerdo asambleario.

Pero para que esa oposición tenga tal virtualidad, es necesario que los accionistas que representen más del cinco por ciento del capital social, y que se hayan opuesto a la eximición de la responsabilidad de los directores imputados, hayan formulado expresos cuestionamiento en la respectiva asamblea, al tratarse ese punto del orden del día. Por ello, la jurisprudencia ha negado virtualidad a esa oposición cuando el accionista que posteriormente inició la acción social uti singulis de responsabilidad, se retiró del recinto asamblearia antes de que la responsabilidad de los directores haya sido sometido a votación[1053].

La extinción de responsabilidad, aun mediando resolución del órgano de gobierno adoptada sin oposición de accionista alguno es ineficaz en caso de liquidación concursal o coactiva, supuestos en que la acción de responsabilidad se ejercerá conforme al art. 278 de la ley en análisis.

Art. 276.—

Acción social de responsabilidad. Condiciones. Efectos, Ejercicio. La acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas. Puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en este. La resolución producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo.

Esta acción también podrá ser ejercida por los accionistas que hubieren efectuado la oposición prevista en el art. 275.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 15, 59, 246, 275, 277, 278. LSC Uruguay: art. 393.

Art. 277.—

Acción de responsabilidad: facultades del accionista. Si la acción prevista en el primer párrafo del art. 276 no fuera iniciada dentro del plazo de 3 meses, contado desde la fecha del acuerdo, cualquier accionista puede promoverla, sin perjuicio de la responsabilidad que resulte del incumplimiento de medida ordenada.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 15, 276. LSC Uruguay: art. 394.

§ 1. Las acciones de responsabilidad

Los arts. 276 a 279 de la ley 19.550 tratan directamente el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los directores de las sociedades anónimas, clasificándolas de la siguiente manera:

a) La acción social mayoritaria de responsabilidad, que puede ser articulada por el representante legal de la sociedad, y en su defecto, por cualquier accionista, previa decisión al respecto y en principio, de una asamblea de accionistas (arts. 59, 234 inc. 3º, 274, 275 y 276 de la ley 19.550.

b) La acción social minoritaria de responsabilidad, que puede ser deducida por los accionistas ante la inacción de la sociedad (arts. 274, 275 y 277 de la ley 19.550).

c) La acción subrogatoria concursal de responsabilidad (arts. 275 in fine y 278 de la ley 19.550) y

d) Las acciones concursales de responsabilidad, que están previstas por el art. 173 y ss. de la ley 24.522.

Las tres primeras, esto es, las acciones sociales de responsabilidad, tienden a recomponer el patrimonio social, afectado en su integridad por la actuación dolosa o culpable de los directores.

Se denominan "sociales", en el sentido de que su resultado tiende a beneficiar a la sociedad en forma directa, y no a los accionistas que la han promovido y por ello, el monto de la indemnización que se obtenga está destinado al patrimonio de la sociedad y tiene por finalidad reparar el daño causado al mismo.

Las acciones sociales de responsabilidad pueden ser a su vez promovidas:

1. Por la sociedad afectada, que por propia definición del art. 276 de la ley 19.550 es el sujeto natural activo de las mismas, por ser la víctima de los ilícitos cometidos.

2. Por los accionistas de la sociedad, acción que la doctrina ha denominado "acción social uti singuli", y que aquellos pueden promover en caso de que hubiesen efectuado la oposición prevista en el art. 275 de la misma ley o en caso de omisión regulada por el art. 277.

3. Por los terceros, es decir, por los acreedores sociales, los cuales solo pueden ser legitimados para entablar este tipo de acción (que no es la individual prevista por el art. 279, LSC) únicamente en caso de quiebra de la sociedad, la cual será ejercida por el órgano de concurso (sindicatura) o individualmente por aquellos, en caso de omisión o falta por parte del funcionario (art. 278 de la ley 19.550 y art. 175 de la ley 24.522).

Las acciones "individuales" de responsabilidad promovidas contra los directores, por el contrario, no persiguen recomponer el patrimonio de la sociedad, sino resarcir a los accionistas o terceros los daños sufridos en su patrimonio en forma directa por la dolosa o culposa actuación de los administradores. En este caso, y a diferencia de las acciones sociales de responsabilidad, los accionistas o terceros no se subrogan en los derechos de la sociedad remisa en promover las mismas, pues se trata de una acción directa, que persigue, como se ha visto, la reparación de los daños sufridos por los accionistas o terceros directamente en su patrimonio.

De manera tal que, y a manera de resumen, para el ejercicio de la acción social de responsabilidad prevista por el art. 276 de la ley 19.550, se requieren, a diferencia del ejercicio de las acciones individuales de responsabilidad, la reunión de los siguientes requisitos: a) El perjuicio debe ser social y no individual; b) El producido de la acción debe incorporarse al patrimonio social; c) El perjuicio solo debe ocasionar un daño indirecto al accionista y d) El socio que inicia la acción en sede judicial debe hacerlo en representación del interés social y no del propio, es decir, actuar como si fuera la propia sociedad afectada[1054].

§ 2. La acción social de responsabilidad

En primer lugar el art. 276 de la ley 19.550 prescribe que la acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas, la cual puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución del asunto incluido en este. La resolución producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo.

La acción social de responsabilidad puede ser promovida incluso cuando la sociedad se encuentra en liquidación, pues la ley no distingue al respecto y por otro lado, constituye el único mecanismo previsto por la ley 19.550, para obtener de quienes administran un patrimonio ajeno, el resarcimiento ocasionado a la sociedad por los daños sufridos por esta como consecuencia de la mala gestión de sus administradores.

El art. 276 de la ley 19.550 subordina la promoción de la acción de responsabilidad a la previa resolución de la asamblea de accionistas, adoptada, en principio, por asamblea ordinaria, por expresa directiva del art. 234, inc. 3º de la ley societaria, aunque la circunstancia de que la responsabilidad de los directores haya surgido de una decisión de la asamblea extraordinaria no invalida el respectivo acuerdo, como ha sido resuelto en alguna oportunidad[1055], pues si se advierte que el art. 276 de la ley 19.550, prescribe que tales decisiones pueden ser adoptadas aunque no consten en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución del asunto incluido en este, surge evidente que la responsabilidad del director puede ser resuelta en cualquier clase de asamblea, pues al así legislar, se tiende a evitar que los directores traten de frustrar la celebración de la asamblea o la decisión del acuerdo, dilatando indefinidamente cualquier resolución sobre su responsabilidad.

Es conclusión evidente que, salvo supuestos muy excepcionales —promoción de la demanda por el interventor judicial— la acción social de responsabilidad iniciada por la propia sociedad contra uno de sus directores, ella requiere necesariamente de la decisión asamblearia que autorice la promoción de esa demanda, siendo su omisión un obstáculo insalvable para el ejercicio de la misma. Ello no sucede cuando la acción social de responsabilidad es iniciada por algún accionista, pues a éste solo debe requerirse que haya agotado los recursos previstos en el estatuto o en la ley, esto es, requiriendo del directorio la convocatoria a una asamblea a los fines de considerar el tema, aunque debe recordarse que ello no es menester cuando ello resultara de antemano infructuoso, habida cuenta las circunstancias de la causa y que, de exigirse esa actividad, se agravará y prolongará el conflicto.

Resuelta la responsabilidad de los directores, se impone la remoción de éstos en el aludido cargo, quienes deben ser inmediatamente sustituidos, quienes serán, en definitiva, quienes ejercerán la representación de la sociedad para la promoción de las acciones de responsabilidad.

Pueden ocurrir varios supuestos, que deben ser estudiados separadamente:

a. Que la asamblea de accionistas exima de responsabilidad a los administradores. En este caso, y a los efectos de la validez de dicha decisión asamblearia, debe repararse en la naturaleza u origen de los hechos generadores de responsabilidad, pues si la misma deriva de la violación de la ley, el estatuto o reglamento, y si media oposición del cinco por ciento del capital social, por lo menos, tal aprobación carece de toda eficacia y virtualidad, en la medida en que tal acuerdo no obliga a los socios disconformes, quienes pueden promover la acción social de responsabilidad, conforme a lo dispuesto por el art. 277.

Por ello, no coincidimos con aquella tesis jurisprudencial que predica la necesidad de que los accionistas disconformes con el acuerdo asambleario que eximió de responsabilidad o aprobó la gestión de los directores (lo que es exactamente lo mismo), deben necesariamente promover, contemporáneamente con la acción de responsabilidad, la impugnación de tal acuerdo asambleario, en los términos del art. 251 de la ley 19.550[1056], pues si la responsabilidad de los directores está fundada en la violación de la ley, el estatuto y/o el reglamento, la oposición de los accionistas prevista en el art. 275 de la ley 19.550 constituye un derecho de veto que obsta a la aprobación de dicho acto asambleario siempre y cuando la oposición de estos accionistas haya sido ser expresa, no pudiéndose tomar como tal la ausencia o la abstención de votar[1057].

Resulta evidente sostener, a la luz de lo dispuesto por el art. 276 de la ley 19.550, que toda acción social, inclusive la de responsabilidad, debe ser iniciada por la misma sociedad, quien es la perjudicada naturalmente por las inconductas de los administradores, pero tampoco deja de ser evidente que el interés de la mayoría, no siempre coincide con el interés social, y de tal manera puede resultar infructuoso pretender una conducta imparcial y objetiva por parte de la asamblea de accionistas, al juzgar la conducta de los directores, que por propia definición, responden a los intereses de los socios controlantes.

Pero de ello no puede concluirse que el juzgamiento de las inconductas de los directores no deba ser efectuado por la asamblea de accionistas, con carácter previo a la instancia judicial, pues constituye principio general en materia de derecho societario que la vía judicial solo queda expedita cuando se han agotado las vías internas de solución, en la medida en que ellas pudieran ser conducentes, lo que no siempre ocurre.

Sin embargo, estimamos inadmisible exigir a los accionistas que, frente a la decisión asamblearia que ha rechazado la promoción de las acciones de responsabilidad, deban aquellos promover la acción impugnatoria de tal acuerdo, como requisito imprescindible para promover la acción social de responsabilidad uti singulis, pues la ley 19.550 no impone tal requisito[1058]. Muy por el contrario, los arts. 275 a 277 de este ordenamiento legal prescriben que la resolución asamblearia que aprobare la gestión de los administradores no es vinculante para los accionistas que votaron desfavorablemente la misma, siempre y cuando ellos representaren el cinco por ciento del capital social y la responsabilidad de los directores surja de la violación de la ley, el estatuto o reglamento, quienes pueden iniciar uti singuli las acciones sociales de responsabilidad.

Lo que la ley 19.550 ha pretendido es que, frente a una oposición del cinco por ciento del capital social, la decisión aprobatoria de la gestión de los administradores, o liberadora de su responsabilidad, no queda extinguida sin más, pues los titulares de tales porcentajes accionarios podrán promover las acciones judiciales correspondientes, para hacer efectiva esa responsabilidad, demandando incluso a los accionistas que han aprobado, en ese acuerdo, esa liberación de responsabilidad (art. 254 de la ley 19.550).

Si por el contrario, quien ha votado en contra de la resolución asamblearia que liberara de responsabilidad a los directores, no reúne el cinco por ciento del capital social, deberá promover la acción impugnatoria de tal acuerdo —pues el art. 251 de la ley 19.550 no establece limitaciones de ninguna índole— y promover, acumuladamente, la acción social uti singuli de responsabilidad, pues al no reunirse el porcentaje accionario previsto por el art. 275, la decisión asamblearia que aprobó la gestión de los directores es válida y obligatoria para sus órganos sociales, por lo que la promoción de la acción de responsabilidad por parte del accionista no titular del porcentaje accionario mínimo requerido por la ley requiere la previa o contemporánea declaración judicial de nulidad de aquella asamblea.

Del mismo modo, si los accionistas disidentes con la decisión de la asamblea de eximir de responsabilidad a los directores fueran titulares de más del cinco por ciento del capital social, pero tal responsabilidad no deriva de la violación de la ley, estatuto o reglamento (supuesto realmente difícil de ejemplificar, en cuanto a que la palabra "ley" debe ser entendida por obviedad en el sentido más amplio posible y no circunscripta a la ley 19.550), aquellos accionistas deberán promover la acción impugnatoria del mencionado acuerdo social, como requisito para promover, simultánea o posteriormente, la acción de responsabilidad.

b. Cuando, pese a existir una decisión asamblearia que ha resuelto la promoción de las acciones de responsabilidad contra los directores, los representantes de la sociedad se mostraran morosos para la promoción de la misma. En este caso, dispone el art. 277 de la ley 19.550 que la acción de responsabilidad puede ser iniciada por cualquier accionista, sin exigirse por obviedad, porcentaje accionario alguno. Ello, sin perjuicio de que la falta de promoción de la acción de responsabilidad por parte de los directores, que deben ellos promover (art. 233) constituya suficiente causal de remoción y, eventualmente de responsabilidad, si la demora en promover la misma ha ocasionado nuevos daños a la sociedad.

Pero debe repararse en que la circunstancia de que la sociedad sea morosa para promover la acción de responsabilidad contra sus directores, y la legitimación que el art. 277 concede a los accionistas para iniciarla uti singuli, luego de los tres meses de la correspondiente decisión asamblearia que la haya autorizado, no implica sostener que el transcurso de dicho plazo produce la caducidad de la acción prevista por el art. 276, para el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la propia sociedad, la cual puede iniciarla hasta el vencimiento del plazo de prescripción[1059].

La pérdida del carácter de accionista por parte del actor durante la tramitación del juicio de responsabilidad no afecta su continuación, pues el adquirente de las acciones puede proseguir tales actuaciones, en la medida en que: 1) Se trata de una acción social que tiende a beneficiar el patrimonio de la sociedad, por lo que el interés del comprador de tales acciones está sobreentendido; 2) La acción de responsabilidad constituye uno de los tantos derechos que confiere el carácter de accionista, por lo que la transferencia de los títulos representativos de la participación social implica, como lo ha sostenido la doctrina, la cesión de tales derechos, que revisten el carácter de litigiosos, en los términos del art. 1455 del Código Civil[1060].

§ 3. Legitimación pasiva en las acciones de responsabilidad

El ejercicio de la acción social de responsabilidad, cuando es promovida por la sociedad, debe ser dirigida contra el director responsable de los perjuicios ocasionados a la misma, pues dicha acción, como hemos visto, debió ser decidida por una anterior asamblea de accionistas, que operó automáticamente la remoción del cargo del director demandado. Igual conclusión corresponde sostener cuando la acción es promovida por un accionista, frente a la demora del directorio en promoverla (art. 277).

Si la acción social de responsabilidad es promovida por los accionistas que efectuaran la oposición prevista por el art. 275, o cuando sin reunir el porcentaje legal, acumulan la misma a la acción de impugnación de la asamblea que hubiere aprobado la gestión de los directores demandados, la acción de responsabilidad debe ser dirigida contra la sociedad y los directores, si estos conservan aún el cargo, pues la declaración judicial de responsabilidad producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo. Por el contrario, si estos no permanecen en el cargo, la acción de responsabilidad debe ser dirigida contra ellos exclusivamente.

§ 4. Prescripción de las acciones de responsabilidad

Habiéndonos pronunciado en párrafos anteriores, sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas, la determinación del término de prescripción de las acciones de responsabilidad no ofrece en principio dificultades, en especial luego de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual dispone, en su art. 2561, que todo reclamo para la indemnización de daños derivados de la responsabilidad prescribe a los tres años.

La cuestión del inicio del cómputo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores societarios puede ofrecer dificultades, en virtud que es principio general del derecho de daños, que la prescripción de las acciones resarcitorias principian desde que la víctima ha tomado conocimiento del hecho generador de responsabilidad.

Sin embargo, este principio no puede ser aplicado cuando se trata de acciones sociales de responsabilidad, habida cuenta de la competencia de la asamblea

ordinaria para resolver la promoción de las mismas (art. 234, inc. 3º de la ley 19.550), y la necesidad, para el accionista que resolviera promover la acción social uti singuli (art. 276 in fine), de intentar agotar previamente los recursos previstos en el contrato social, esto es, la de someter la actuación del director responsable de los daños ocurridos a la sociedad, a la decisión de un específico acuerdo asambleario, solicitando la correspondiente convocatoria al directorio o sindicatura[1061].

La opinión más generalizada y que más adhesiones ha recibido en doctrina, es aquella que predica que el comienzo o dies a quo del plazo de prescripción de las acciones sociales de responsabilidad comienza a computarse desde la aprobación de la gestión de los directores o desde la fecha en que la asamblea de accionistas declara la existencia de la causal, y en caso de inacción de la sociedad (art. 277), transcurridos tres meses desde aquella resolución.

En caso de tratarse de una acción individual de responsabilidad, y en todos los casos, la prescripción comienza a computarse desde la comisión del hecho dañoso[1062], el cual es independiente del cese del cargo por parte de los directores, pues cuando se trata de reclamar daños sufridos por los accionistas o terceros a título particular, carece de todo sentido reclamar una decisión asamblearia que declare la responsabilidad del o los directores culpables[1063].

Adherimos en principio a lo expuesto pues:

1. La necesidad de computar el inicio de plazo de la prescripción de las acciones sociales de responsabilidad, desde la decisión asamblearia que hubiera considerado la gestión y/o responsabilidad de los mismos, permite obviar las dificultades de establecer cuándo la sociedad o los accionistas conocen el daño[1064].

2. Evita maniobras por parte de un directorio complaciente, que evita informar a los accionistas el acaecimiento del hecho dañoso.

Sin embargo, parece excesivo sostener que la promoción de las acciones sociales de responsabilidad puedan estar sometidas al mero arbitrio del directorio, de quien depende, por expresa directiva legal, la convocatoria a asamblea de accionistas a los efectos de juzgar la responsabilidad de los directores (arts. 234 y 236 de la ley 19.550), pues ello implicaría dejar librado al acreedor el comienzo del plazo de prescripción, lo que es inadmisible en derecho[1065].

Es necesario pues encontrar una fórmula que compatibilice ambos principios y se me ocurre la siguiente: a) El comienzo del plazo de prescripción de las acciones sociales de responsabilidad debe principiar desde que la asamblea se pronuncie; b) Si dicha resolución no se adopta, por no incluirse la gestión de los administradores entre los puntos del orden del día, corresponde computar el mismo desde la asamblea que consideró el ejercicio durante el cual se produjeron los hechos generadores de daños. Recordemos que aun cuando la ley 19.550 no obliga a convocar anualmente a asamblea de accionistas para considerar la gestión de los directores (art. 234 in fine de la ley 19.550), esa

decisión se encuentra estrechamente vinculada con las cuestiones referidas por los incs. 1º y 2º del art. 234, sobre los cuales necesariamente debe convocarse a asamblea anual para su consideración y c) Si la asamblea general ordinaria de ejercicio no fuera celebrada, corresponde computar el plazo de prescripción desde el vencimiento del plazo previsto por el art. 234 in fine de la ley 19.550, es decir, luego de los cuatro meses del cierre de ejercicio[1066].

Un problema interesante que hoy se encuentra solucionado se refiere al inicio de las acciones sociales de responsabilidad iniciadas por uno o varios accionistas, cuando el o los directores involucrados en dicha demanda, continúan ejerciendo su cargo. Solucionando esta situación, el art. 2543 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que, entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización, queda suspendido el curso de la prescripción, mientras los administradores o directores involucrados en las acciones, continúan en el ejercicio de su cargo.

Esta norma tiene aplicación —fundamentalmente— cuando se trata de acciones sociales de responsabilidad contra determinados directores y síndicos, cuya promoción ha sido rechazada por una asamblea de accionistas, pues de haber sido aprobada esa moción, ello provoca la automática remoción del director o síndico afectado y obliga a su reemplazo (arts. 276 y 298 de la ley 19.550), tornando inaplicable la nueva solución del art. 2543 inc. d) del nuevo ordenamiento legal unificado.

No debemos olvidar al respecto que el art. 275 de la ley 19.550 autoriza, ante el rechazo de la acción de responsabilidad por la mayoría en el seno del órgano de gobierno de la sociedad, a cualquier accionista que hubiere votado favorablemente esa cuestión, a iniciar la acción social de responsabilidad, denominada por la doctrina como uti singuli, y entonces sí el plazo para iniciar la referida acción se encuentra suspendida, a la espera del alejamiento del cuestionado administrador, director o síndico.

En estricta puridad jurídica, la hipótesis prevista en el art. 2543 inc. d) del Código Civil y Comercial de la Nación no configura un supuesto de suspensión del plazo de la prescripción liberatoria de las acciones sociales de responsabilidad, sino de suspensión del inicio de la fecha de cómputo del plazo correspondiente, pues es doctrina pacífica en la materia que, en este tipo de acciones, el dies a quo del plazo de prescripción nace con la decisión del órgano de gobierno que declara responsable al administrador o síndico[1067], ya sea cuando se trata su gestión por el órgano de gobierno de la sociedad o ante la especial situación prevista por el art. 276 de la ley 19.550, esto es, cuando la promoción de la acción de responsabilidad es adoptada, no estando incluido el tema en el orden del día, si ello fue consecuencia de un asunto incluido en dicho temario.

De modo tal que el plazo de las acciones sociales de responsabilidad contra directores, administradores y síndicos solo comienza a computarse cuando éstos hayan dejado su cargo y se produzca su efectivo reemplazo. A partir de allí, quienes hubiesen votado afirmativamente la promoción de esas acciones, aún cuando lo fuera por hechos acontecidos en ejercicios anteriores, podrán iniciar dicha demanda, encontrándose hasta tanto suspendido el plazo de prescripción

de la referida acción, que solo comienza a correr desde ese alejamiento. Por el contrario, en el caso de la promoción de acciones individuales de responsabilidad, en tanto su procedencia no depende de actuación interna alguna, ella comienza a correr desde que se produjo el daño en el patrimonio personal del socio, accionista o tercero afectado por la actuación de los administradores u omisión de los síndicos, siendo indiferente al respecto que ellos permanezcan o no en su cargo.

§ 5. Algunas cuestiones de procedimiento en torno al ejercicio de las acciones sociales de responsabilidad

La especial naturaleza de la acción social de responsabilidad contra los directores de las sociedades anónimas, conforme a la cual el producido de las reparaciones correspondientes benefician a la sociedad y no al accionista, cuando este la ha promovido uti singuli, permite llegar a las siguientes conclusiones:

a) La demanda de la acción social de responsabilidad promovida en los términos del art. 276 de la ley 19.550 contra los directores y personas que hayan ejercido esa función corresponde encuadrarla en el plano del derecho societario, materia de índole comercial que torna pertinente la intervención del fuero comercial[(1068)]e igual conclusión debe arribarse cuanto se trata de una acción individual de responsabilidad promovida por un accionista en los términos del art. 279 de la ley 19.550.

b) Si se tratara de una acción individual de responsabilidad promovida por un tercero, habrá que estar, a los fines de determinar la competencia de los tribunales correspondientes, a la naturaleza del vínculo contractual habida entre la sociedad con el tercero cocontratante, cuando la responsabilidad es de esta naturaleza.

c) La limitación de la condena al interés de los actores solo resulta procedente en las acciones individuales de responsabilidad y no en las sociales, donde debe recomponerse totalmente el patrimonio social afectado por las inconductas de los directores demandados.

d) La mención del monto reclamado es una acción social de responsabilidad no constituye un dato absolutamente imprescindible para la protección del derecho de defensa del accionado, cuando esa determinación requiere transitar la instrucción probatoria, pues como es conocido, en este tipo de juicios, la cuantificación de los daños reclamados depende en muchos casos de complejos cálculos y elementos estadísticos que no se encuentran en poder del actor y que deben recabarse de distintas entidades[(1069)].

e) No es procedente exigir al accionista que promueve la acción social de responsabilidad en los términos del art. 276 in fine y 277 de la ley 19.550, que deba abonar la tasa de justicia por el importe de la suma reclamada en concepto de indemnización, atento el destino final de la misma, que son las arcas sociales y no su patrimonio personal, pues quien ejerce tal acción no queda encuadrado en el supuesto del art. 4º inc. a) de la ley 21.859, totalmente ajena al contenido patrimonial de la misma[1070]. Resulta sencillamente impensable, a pesar de que alguna vez ello fue resuelto[1071], imponer al accionista que se ha subrogado en el derecho de la sociedad de reclamar un resarcimiento al que tiene derecho, pero que por los motivos que fuere, la sociedad no lo ejerce, que deba pagar de su patrimonio personal la tasa de justicia proporcional

f) En cuanto a la regulación de honorarios, corresponde hacer la diferencia en relación al sujeto que ha promovido la acción social de responsabilidad, habida cuenta del destino final del monto resarcido: 1) Si la acción es promovida por la sociedad, corresponde estar al monto del proceso, en los términos del art. 6º, inc. a, de la ley 21.839, pues nada autoriza a considerar la misma como acción sin contenido patrimonial directamente ponderable, como fuera resuelto en alguna oportunidad[1072]; 2) Si la misma ha sido promovida por un accionista uti singuli, el criterio es el inverso, por las razones expuestas, pues lo contrario implicaría que, de perder el juicio, aquel podría responder por los gastos del mismo por un monto superior al valor de su participación social, sin beneficio directo en caso de resultar ganador de la misma, lo que resulta insostenible.

g) En cuanto a las medidas cautelares que pueden decretarse en este tipo de juicios, ellas son las propias de toda acción personal de cobro de pesos contra cualquier sujeto, aunque ha sido dispuesto, con todo criterio, tratándose en el caso de una acción de responsabilidad promovida solo contra uno de los gerentes de la sociedad, que no corresponde decretar medidas precautorias que afecten a la operatoria de la sociedad y de otros terceros[1073].

§ 6. Efectos de la sentencia que pone fin a la demanda de responsabilidad promovida por el accionista uti singuli

Si la demanda social de responsabilidad es acogida, ella hace cosa juzgada contra la sociedad y su producido será, como hemos visto, en beneficio de la sociedad, sin perjuicio del derecho del accionista actor, de obtener de la sociedad el reembolso de lo invertido en el pleito[1074], atento el empleo útil realizado.

Asimismo, la declaración judicial de responsabilidad del director produce su inmediata remoción del cargo[1075], pues dicha sentencia debe equipararse, en cuanto a sus efectos, a la resolución que debió ser adoptada en oportunidad de juzgarse la misma en la respectiva asamblea.

Si la acción social de responsabilidad uti singuli es rechazada, la sentencia correspondiente no hace cosa juzgada respecto de los demás accionistas que la hubieran promovido, porque falta la identidad de partes, con peligro incluso de colusión entre quienes han promovido esa acción —luego rechazada— y la sociedad o los directores responsables.

No obstante ello, y rechazada la acción de responsabilidad, el director contra quien se hubiere dirigido la misma podrá repetir de la sociedad los gastos irrogados para su defensa, pues lo son con motivo de la función desempeñada[1076].

Art. 278.—

Acción de responsabilidad. Quiebra. En caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso, y en su defecto se ejercerá por los acreedores individualmente.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 15, 274, 276; ley 19.551: arts. 168, 169.LSC Uruguay: art. 395, 396.

§ 1. Las acciones sociales de responsabilidad promovidas por el representante de la quiebra de la sociedad

A ella se refieren los arts. 275 in fine y 278 de la ley 19.550 y los arts. 173 a 176 de la ley 24.522, de cuya compatibilización surge el siguiente procedimiento:

a) La acción de responsabilidad contra los directores, en caso de quiebra de la sociedad, puede ser promovida por el representante del concurso, o en su defecto, por los acreedores individuales (art. 278 de la ley 19.550).

b) Si antes de la declaración de quiebra se hubiesen iniciado acciones de responsabilidad contra los directores, en los términos de los arts. 276 o 277 de la ley 19.550, ellas continúan ante el juzgado del concurso y el síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentran o bien mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que corresponden al concurso por separado (art. 175, párrafo 2º de ley 24.522) y en tal caso, el monto del resarcimiento se limitará al interés del concurso. Ahora bien, y a los fines de la aplicación del art. 175 inc. 2º de la ley 24.522, es obvio que la acción social de responsabilidad no debe haber sido promovido por la sociedad sino por los accionistas, pues en este caso, el síndico debe

derechamente hacerse parte en la misma atento los efectos del desapoderamiento previsto por el art. 109 de la ley 24.522.

c) La liberación de responsabilidad de los directores por parte de la asamblea de accionistas es ineficaz en caso de quiebra, en todos los casos (art. 275, in fine de la ley 19.550).

d) Bajo la responsabilidad del concurso y a pedido del síndico, el juez puede adoptar las medidas precautorias por el monto que determine, aun antes de iniciada la acción, siempre que sumaria y verosímilmente se acredite la responsabilidad que se imputa (art. 176, párrafos 1º y 2º de ley 24.522).

e) La promoción de esta acción social, una vez declarada la quiebra de la sociedad o la continuación de ella por la sindicatura, está sujeta a la autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible[(1077)]y no sometida a tributo previo, sin perjuicio de su pago por quien resulte vencido (art. 119 tercer párrafo de ley 24.522, al cual remite el art. 175 in fine de dicha normativa). Esta norma, en cuanto requiere a la sindicatura la referida conformidad de los acreedores, es quizás la norma más desafortunada que exhibe hoy nuestro régimen concursal, que requiere su urgente supresión.

f) En caso de inacción de la sindicatura, y sin perjuicio de la responsabilidad de esta, cualquier acreedor interesado puede deducir a su costa esta acción, después de transcurridos treinta días desde que se haya intimado judicialmente al funcionario concursal para que la inicie. En tal caso, de prosperar la acción, el acreedor que ha promovido la acción de responsabilidad tiene derecho al resarcimiento de sus gastos y a una preferencia especial sobre los bienes recuperados, que debe determinar el juez entre la tercera y la décima parte del producido de estos, con límite en el monto de su crédito (art. 120, ley 24.522 al cual remite el art. 176 in fine de la ley 24.522).

§ 2. Las acciones concursales de responsabilidad

Las acciones concursales de responsabilidad están también previstas en los arts. 173 a 176 de la ley 24.522. La primera de dichas normas dispone que los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieran producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados. Del mismo modo, prescribe el art. 173 segundo párrafo de la ley 24.522, referido a la responsabilidad de los terceros, que quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso.

Por su parte, el art. 174 del ordenamiento concursal prescribe que la responsabilidad prevista en el art. 173, se extiende a los actos practicados hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos y se declara y determina en proceso que corresponde deducir al síndico. La acción tramitará por las reglas del juicio ordinario, prescribiendo a los dos años contados desde la fecha de la sentencia de quiebra y la instancia se perime a los seis meses. Dispone expresamente esta norma —el art. 174 de la ley 24.522— que a los efectos de la promoción de la acción, rige el régimen de autorización previa del art. 119 tercer párrafo del ordenamiento concursal.

Luego de ello, y siempre refiriéndonos a las acciones concursales de responsabilidad, el art. 175 primer párrafo de la ley 24.522 establece que el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico. Finalmente, el art. 176 dispone que el juez del concurso y a pedido del síndico, puede decretar medidas cautelares por el monto que determine, aún antes de iniciada la acción, las que serán ordenadas bajo la responsabilidad del concurso.

Inicialmente, debe puntualizarse que la acción concursal de responsabilidad prevista por el art. 173 de la ley 24.522 difiere de la acción prevista por el art. 278 del ordenamiento societario, pues ésta tiende a la reparación de los daños y perjuicios causados a la sociedad, con independencia de que resultaren o no causa eficiente del estado de cesación de pagos(1078), mientras que las acciones de responsabilidad concursal procura reparar los daños causados a la sociedad y derivados de conductas que hubieran producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia.

Como bien ha sido resuelto por la jurisprudencia(1079), la diferencia entre las acciones previstas en los arts. 173 y 175 de la ley 24.522 son bien notarias, pues mientras la del art. 173 es una demanda típicamente de responsabilidad del derecho concursal, la del art. 175 se refiere a las acciones de responsabilidad del tipo societario, y mediante las cuales se persigue hacer efectiva la responsabilidad por mal desempeño del cargo, tanto por actos lícitos violatorios de la ley, el estatuto o el reglamento, como por cualquier otro daño producid por abuso de facultades o culpa grave, o sea que puede generarse tal responsabilidad aún sin llegarse a configurar el fraude para comprometer la responsabilidad patrimonial de la sociedad o su insolvencia.

Art. 279.—

Acción individual de responsabilidad. Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 15, 274.

§ 1. La acción individual de responsabilidad

A ella se refiere el art. 279 de la ley 19.550 cuando dispone que los accionistas y terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores.

El empleo de las palabras "conservan siempre", tiene el alcance de no identificar las acciones sociales con las individuales de responsabilidad, en el sentido de que la promoción de las primeras, que benefician directamente a la sociedad, no la excluye ni la subordina a la procedencia de las segundas, las cuales pueden ser promovidas conjunta o indistintamente, pues el sujeto pasivo de los daños es diferente.

En efecto, la acción individual de responsabilidad se refiere a los daños que el accionista o tercero recibe personal o directamente en su patrimonio como consecuencia de la actuación de los directores de la sociedad.

De lo expuesto se deducen las enormes diferencias entre una y otra acción de responsabilidad, pues además de lo expuesto sobre el destinatario de los perjuicios ocasionados por los administradores y sobre el resultado del juicio (en la acción social la víctima es la sociedad y el resarcimiento corresponde a la misma, mientras que en la acción individual, la víctima es el accionista a título personal o tercero y estos son los exclusivos beneficiarios del reclamo), ambas difieren en otros aspectos, que es necesario puntualizar:

1. Para la acción social de responsabilidad, es necesaria una decisión asamblearia previa que apruebe la promoción de la misma o la desestime, mientras que esa asamblea es absolutamente innecesaria e inconducente para la procedencia de la acción individual de responsabilidad, pues parece evidente concluir que el tercero o accionista afectado a título personal por la culpable actuación de los administradores, a nadie debe consultar para obtener el resarcimiento de perjuicios que solo han afectado su patrimonio.

2. La sentencia que hace lugar a la acción social de responsabilidad produce la inmediata y automática remoción de los directores condenados que aun conservaran el cargo a esa fecha. Por el contrario, la procedencia de la acción individual de responsabilidad contra un director en nada afecta el funcionamiento de la sociedad.

3. El reclamo judicial en la acción individual se limita al interés personal del accionista o tercero, y no a los daños infringidos a la sociedad.

4. Finalmente y en cuanto a la prescripción de la promoción de las acciones individuales de responsabilidad, el Código Civil y Comercial —como ya hemos adelantado— ha puesto fin a las diferencias existentes, en esta materia, entre

las acciones sociales e individuales de responsabilidad, al haber unificado en tres años el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil, lo cual es todo un acierto. La única diferencia entre ellas, en torno a la prescripción, es que mientras las acciones sociales deben esperar, como iniciarse el cómputo de la misma, la existencia de una asamblea en la cual se considere la gestión del directorio, en las acciones individuales, el plazo de prescripción nace con el acontecimiento del evento dañoso o el efectivo conocimiento del hecho ilícito por parte del accionista o tercero damnificado.

§ 2. Naturaleza de los daños que deben sufrir los accionistas para promover la acción individual de responsabilidad

Es doctrina reiterada de nuestros tribunales, siguiendo las enseñanzas del profesor Halperin[1080], que la acción individual de responsabilidad se refiere a daños que el accionista recibe personalmente y no a los resultantes del mayor daño sufrido por la sociedad, por lo que no puede computarse como daño a la persona que lo ejerce la parte proporcional que le corresponde en el daño causado al patrimonio de la sociedad.

No coincidimos con esta manera de pensar, pues:

1. La ley 19.550 nada distingue sobre la cuestión, ni brinda en su articulado pauta alguna para exigir requisitos que no surgen implícita o explícitamente del ordenamiento legal.

2. La acción individual de responsabilidad no queda enervada ni excluida por la promoción de acciones sociales de responsabilidad. El art. 279 de la ley 19.550 al referirse a que los accionistas y terceros "conservan siempre" sus acciones individuales contra los directores, quiere significar que no necesariamente los accionistas deben promover, con prioridad a la acción individual, las acciones sociales tendientes a recomponer primero el patrimonio social para así beneficiar indirectamente a su propio patrimonio.

3. En tanto las acciones de una sociedad anónima son "una cosa" de indudable valor económico[1081], no se encuentra fundamento serio que justifique la recomposición del valor de las mismas en forma indirecta, esto es, recomponiendo primero el patrimonio social a través de las acciones sociales de responsabilidad. Ninguna norma de derecho impone tal oblicua actuación.

4. La inadmisible distinción efectuada por la jurisprudencia en torno a la naturaleza de los daños que debe sufrir el accionista para iniciar la acción de responsabilidad prevista por el art. 279 de la ley 19.550 viola incluso lo dispuesto por los arts. 1068 y 1079 del Código Civil, conforme a los cuales quien ha causado un daño debe resarcir sus efectos en la medida necesaria para

restañarlos, por lo que es obvio que quien lo ha sufrido, tiene el correlativo derecho a que se le reparen los perjuicios irrogados. Ha dicho la jurisprudencia al respecto que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el daño causado, noción que comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, sus derechos o sus facultades. Por lo tanto, el concepto jurídico de daño, salvo restricciones querida por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley[1082].

5. Lo expuesto es tanto más evidente cuando se trata de una sociedad en quiebra, en donde el accionista perjudicado por el menor o nulo valor de las acciones por el obrar doloso o culpable de los directores de la sociedad, carece de la posibilidad de intentar las acciones sociales de responsabilidad, cuando se hubiera enterado de esa actuación como consecuencia de los informes presentados, pues el accionista perjudicado, al no ser "acreedor interesado" en los términos del art. 120 de la ley 24.522, carece de la posibilidad de intimar al síndico concursal a promover las acciones sociales de responsabilidad previstas por los arts. 278 de la ley 19.550 y 175 de la ley de concursos. Mal puede, en consecuencia, ser rechazada una acción individual de responsabilidad contra los directores por la pérdida del valor de las acciones de que era titular un accionista, como consecuencia de la disvaliosa actuación de los administradores, cuando no le es posible intentar las acciones sociales de responsabilidad, habida cuenta de las circunstancias del caso.

Es precisamente por esta absurda interpretación del art. 279 de la ley 19.550 que nuestros tribunales casi no registra casos de procedencia de la acción individual de responsabilidad. Solo puede computarse un supuesto en donde un integrante de una sociedad de responsabilidad limitada demandó al socio gerente de la misma, quien, al dejar de ocuparse del giro comercial, decidió unilateral e intempestivamente disolver la sociedad, sublocando subrepticiamente el local arrendado por ésta y desligándose de su socio. Se sostuvo en la correspondiente sentencia que ese comportamiento vulnera los principios de buena fe que rigen en el ámbito societario y contraviene las expresas normas existentes respecto de la obligación del administrador de obrar con lealtad[1083].

Por el contrario, y fundándose en la inexistencia de daño directo en el patrimonio del accionista, la jurisprudencia ha declarado improcedente la acción individual de responsabilidad cuando el perjuicio alegado por el socio se fundó en las desviaciones de determinadas operaciones sociales efectuadas por el gerente hacia otra sociedad, que provocó la pérdida de la clientela de la primera y le impidió su evolución empresaria, privando al actor de percibir una ganancia proporcionalmente equivalente a la que hubiese correspondido a la sociedad, de no haber ocurrido las referidas circunstancias[1084].

Creemos que debe necesariamente desvincularse las acciones sociales de las acciones individuales de responsabilidad, que son totalmente independientes y autónomas, como surge explícitamente del art. 279 de la ley 19.550, toda vez que ningún sentido tiene rechazar la acción individual de responsabilidad por el hecho de que los daños sufridos por el accionista en el valor de sus propias

acciones sea indirecto, pues ello implica, en puridad, imponerle la promoción de una acción social de responsabilidad para reparar ese daño, con lo cual vuelven a vincularse ambas acciones de responsabilidad por la naturaleza de los bienes afectados, lo cual es incongruente y contrario a la finalidad que ha inspirado al legislador, quien, al contemplar separadamente ambas acciones, ha evitado toda subordinación o vinculación entre ellas.

En definitiva, la referencia que el art. 279 de la ley 19.550 hace con respecto a los "terceros y accionistas", evita toda asimilación entre las acciones individuales y sociales de responsabilidad, siendo un verdadero despropósito obligar al accionista a recomponer el patrimonio social, con todos los costos que ello implica, cuando en lo que en realidad pretende es que se le abonen los daños y perjuicios sufridos en su patrimonio personal, traducido en el menor o nulo valor de sus acciones, cuando ello fue consecuencia de la deficiente actuación de los directores.

Afortunadamente, ya se advierten algunos cambios a ese absurdo criterio doctrinario y jurisprudencial, basado exclusivamente en un mero razonamiento intelectual, totalmente abstracto y alejado de la realidad, habiéndose resuelto que no resulta ajustado a derecho sostener la improcedencia de la acción individual incoada por un accionista contra el banco demandado, a cuyos directores imputa el estado de quiebra de la sociedad que integraba, con el argumento de que si bien la falencia produce a los socios un evidente desmérito patrimonial, tales perjuicios económicos son una mera derivación de la quiebra y no de un socio o actuación que afecte directamente el patrimonio del mismo, toda vez que la legitimación del actor no surge de la normativa societaria, sino del principio conocido como alterum non ladere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, que tiene raigambre constitucional y expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica[1085].

Por su parte, el decreto 677/2001 ha modificado el art. 275 de la ley 17.811, y orientado en el sentido que propugnamos, ha incorporado a dicho texto legal una acción de responsabilidad contra los directores de las sociedades cotizantes, que Vítolo denomina "acción mixta alternativa", esto es, una acción social con posibilidad de ejercicio de la acción individual[1086]. Dispone al respecto dicha norma que en las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, la acción (social) de responsabilidad prevista por el art. 276 de la ley 19.550, cuando correspondiere ser ejercida por los accionistas en forma individual —supuesto del art. 277— podrá ser ejercida para reclamar, en beneficio de la sociedad, el resarcimiento del daño total sufrido por ésta o para reclamar el resarcimiento del daño parcial sufrido indirectamente por el accionista en proporción a su tenencia, en cuyo caso la indemnización ingresará en su patrimonio. El director o directores al que se le imputa responsabilidad, podrá limitar la misma judicialmente en el litigio particular de que se trate, pues cuando haya sido demandado por responsabilidad por el total del perjuicio que se alega sufrido por la sociedad, podrá optar por allanarse al pago a los accionistas demandantes del resarcimiento del perjuicio indirecto que se determine como sufrido por aquellos, en proporción a su tenencia accionaria.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha puesto fin, afortunadamente, a esa irrazonable manera de resolver, y el texto del art. 1739 de dicho ordenamiento legal es concluyente al respecto. Prescribe esta norma en su primer párrafo, haciendo referencia al "daño resarcible", que "Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual, futuro, cierto y subsistente".

Queda pues claro que la equivocada interpretación jurisprudencial que distinguía entre daño directo y daño indirecto, en torno a la procedencia de la acción individual de responsabilidad prevista por el art. 279 de la ley 19.550, ha perdido toda vigencia y en consecuencia, quien ha sufrido un daño cierto y concreto en el valor de su participación en una sociedad, como consecuencia del ilegítimo proceder del administrador de la misma, se encuentra legitimado activamente para promover las acciones resarcitorias, sin estar obligado a promover previamente acción judicial alguna, a los fines de recomponer el patrimonio de la sociedad.

§ 3. La responsabilidad laboral de los directores de sociedades anónimas

Las acciones de responsabilidad contra directores de sociedades anónimas iniciada por terceros, si bien se encuentran mencionadas dentro de los principios generales que, sobre esta materia, contiene el art. 274 de la ley 19.550, ellas encuentran expreso marco normativo en el art. 279, el cual ha sido frecuentemente utilizado por la justicia del trabajo para extenderles a los directores la condena dictada a la sociedad demandada.

Ahora bien, el régimen de responsabilidad previsto por el art. 274 de la ley 19.550 —cuyas reglas son aplicables tanto a la acción social como a la acción individual de responsabilidad— no implica convertir a los miembros del directorio en responsables solidarios con la sociedad por todas las obligaciones contraídas por su representante legal a nombre de ella, sino solo imponerles esa responsabilidad cuando se presentan los supuestos previstos por los arts. 59 y 274 de la ley 19.550, esto es, cuando hubieren actuado sin la lealtad y diligencia prevista por la primera de dichas normas y cuando su actuación hubiera producido daños a la sociedad, sus accionistas o terceros, al haber mediado dolo, abuso de facultades o culpa grave.

De manera tal que solo acreditándose los presupuestos previstos por el art. 274 de la ley 19.550, puede el tercero —en el caso, el trabajador— acumular a la acción promovida contra la sociedad, la demanda de responsabilidad prevista por el art. 279 del referido ordenamiento legal, pues de lo contrario, esta acción deberá ser rechazada[1087].

La cuestión referida a la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas por deudas laborales cobró vigencia a raíz de una serie de fallos dictados por la justicia del trabajo a partir del año 1997, como consecuencia del caso "Duquelsy Silvia c/ Fuar Sociedad Anónima y otro s/ despido", dictado por la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo el día 19 de febrero de 1998, que también reeditó la aplicación de la doctrina de la inoponibilidad o desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad a cada uno de sus socios, con los efectos previstos por el art. 54 in fine de la ley 19.550, cuando quedaba demostrado la existencia de fraude laboral, traducido en la falta de debida registración de un dependiente de la sociedad, actuación que no solo perjudica al trabajador, sino a la comunidad comercial y a los organismos provisionales, configurándose no solo un supuesto de violación a la ley, al orden público laboral y de frustración de los derechos de terceros, sino, y en lo específicamente referido a los directores de esa sociedad, en un quebrantamiento del deber de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios que debe inspirar toda su actuación como administradores de la sociedad.

De manera tal y ello resulta de suma importancia puntualizar, la falta de registración de los dependientes, en forma total o parcial, no implica un mero incumplimiento del contrato de trabajo sino la comisión de verdaderos ilícitos[1088], cuyos efectos son de mucho mayor alcance, pues el daño causado trasciende a la víctima de esa actuación en tanto constituye —como hemos dicho— una defraudación al sistema de seguridad social y una conducta desleal hacia la comunidad empresaria. Es precisamente basado en esta diferencia, la manera como el fuero laboral extendió a sus directores la condena dictada contra la sociedad, sino también a sus socios, cuando éstos nada hicieron para poner fin a esa ilegítima práctica.

Se sostuvo, con todo acierto, que queda verificado el supuesto contemplado por el art. 274 de la ley 19.550, que contempla ciertos casos en los cuales los directivos de la sociedad incurren en maniobras que pueden legar a determinar su responsabilidad solidaria e ilimitada, no por aplicación de la doctrina del disregard, sino por la comisión de ciertos actos que van más allá del incumplimiento de obligaciones legales o contractuales, como lo son encubrir la relación laboral o disminuir la antigüedad real del trabajador, o bien ocultar toda o parte de la remuneración, las cuales, más allá de ser un típico incumplimiento de índole contractual, configuran maniobras defraudatorias de las que resultan inmediata y directamente responsables las personas físicas que la ejecutan. Por ello, cuando la sociedad realiza actos simulatorios ilícitos con tales características, resulta pertinente extender la responsabilidad patrimonial de la entidad a los directores, por la vía de lo dispuesto por el art. 274 de la ley 19.550[1089].

Del mismo modo, se resolvió que cuando una sociedad realiza actos simulatorios ilícitos tendientes a encubrir un contrato de trabajo, resulta pertinente extender la responsabilidad patrimonial de la entidad a los directores por la vía de lo dispuesto en el art. 274 de la ley 19.550, pero no porque deba caer el velo societario, sino porque estos organizaron maniobras que no solo estaban dirigidas e incumplir obligaciones contractuales, sino además a causar lesiones

en el patrimonio del trabajador y en sus derechos provisionales, a defraudarlos personalmente y a defraudar el sistema de seguridad social. Esta conducta, dolosa y en violación a la ley, genera la responsabilidad de los directores codemandados en los términos de los arts. 54, 59, 159 y 274 de la ley 19.550, pero solo respecto de los perjuicios que sean consecuencia de esa ilicitud, que en el caso están representados por las indemnizaciones derivadas de las irregularidades registrales y de la ruptura del contrato de trabajo, motivada, entre otras razones, por la negativa de la sociedad demandada a subsanar dicha irregularidad[1090].

De manera tal que, cuando se trata de maniobras como las descriptas, es válido sostener la extensión de la responsabilidad de la sociedad empleadora por deudas laborales a todos los integrantes del directorio y no exclusivamente a su presidente o vicepresidente, pues hemos ya sostenido que la solidaridad de la responsabilidad de los directores de una sociedad anónima deriva del hecho de que los directores integran un órgano colegiado en el que la voluntad del órgano es el resultante de la coincidencia de la mayor parte de las voluntades individuales que la integran, de todo lo cual resulta lógico que todos los que forman parte de ese cuerpo están ligados por la misma responsabilidad, y si bien la responsabilidad a que hace referencia los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 no es objetiva, sino subjetiva, los directores cuentan con los mecanismos necesarios para evitar la misma, formulando la oposición y actuando de la manera prevista por el art. 274 último párrafo de la ley 19.550, esto es, dejando asentada su protesta en acta de directorio y diera inmediata noticia al síndico de la sociedad, único modo de eximirse de tal responsabilidad.

La jurisprudencia dictada por el fuero del trabajo en materia de responsabilidad de los administradores y en torno a la aplicación de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales y la imputación de sus actuaciones a los verdaderos responsables (arts. 54 in fine y 274 de la ley 19.550) originó un verdadero pánico en el sector empresario y entre los asesores legales que se jactan de ejercer el derecho del trabajo "desde la óptica de la parte demandada", para quienes los jueces laborales son incompetentes para aplicar la legislación societaria, lo cual constituye un evidente error, pues las soluciones previstas por aquellas normas son válidas para cualquier actuación de una persona jurídica, cualquiera fuere el ámbito donde la sociedad se desempeñe, de manera tal que cualquier juez de la República Argentina puede echar mano a la doctrina del disregard o inoponibilidad de la persona jurídica, o imponer las responsabilidades que la ley 19.550 impone a los directores de sociedades anónimas, sin necesidad de que la víctima de esas maniobras deba concurrir a los jueces de comercio para invocar las figuras legales previstas por los arts. 54 in fine y 274 de la ley 19.550. Sostener lo contrario implicaría no solo limitar inadmisiblemente la actuación de los magistrados a la aplicación de un determinado cuerpo legal, sino postergar indefinidamente las pretensiones de quienes han sido víctimas de ilegítimos comportamientos, obligándolos a iniciar varios procedimientos judiciales, en diversos fueros, para obtener la satisfacción de un solo crédito.

Se ha predicado, asimismo, la necesidad de que cualquier cuestión en donde estuviera involucrada la responsabilidad de los directores de sociedades

anónimas debe ser ventilada ante los jueces de comercio, que son sus jueces naturales, los mejores y más capacitados e idóneos para juzgar, con pleno respeto de los derechos y garantías constitucionales, la responsabilidad que les correspondería aplicar a aquellos, por los incumplimientos propios y daños ocasionado producto de un obrar ilícito[1091], lo cual constituye un evidente error, pues desde el año 1920, por aplicación de la doctrina del fallo plenario "Banco Hipotecario Franco Argentino c/ Castaños José María", emanado de la Cámaras Civil y Comercial de la Capital Federal[1092], la cual, interpretando el hoy derogado art. 8º inc. 6º del Código de Comercio, resolvió que solo es competente la justicia comercial para entender en las actuaciones intrasocietarias y no para juzgar toda actuación societaria, cualquiera fuere su naturaleza. Pero además de ello, sostener que los jueces comerciales son quienes mejor entienden la problemática de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas constituye, cuanto menos, una discutible afirmación. Basta reparar en el absurdo alcance que estos jueces han dado a la acción individual de responsabilidad prevista por el art. 279 de la ley 19.550 y recordar asimismo que el instituto de la calificación de conducta fue eliminada de la legislación concursal argentina por la ley 24.522 ante la inoperancia de nuestros jueces mercantiles de convertirla en un instrumento legal disuasivo de actuaciones cuanto menos inmorales, para concluir que aquella afirmación es más una expresión de deseos que una conclusión basada en un análisis objetivo de la realidad.

Por obviedad, la extensión de la responsabilidad de las deudas laborales contraídas por la sociedad hacia los directores de la misma no comprende a los directores suplentes, en la medida que éstos no hayan asumido jamás el cargo de directores titulares, pues si ellos aparecen en las actas de directorio como participando en ellas, sin especificar en qué carácter lo hacían, nadie puede predicar su ajenidad a la gestión social[1093]. Del mismo modo, y como ha sido resuelto por los tribunales de trabajo, procede extender a la directora suplente de una sociedad anónima la condena dictada en sede labora contra el ente, el cual incurrió en incumplimientos provisionales y laborales, cuando se encontraba probado que junto con otras personas, aquella se desempeñaba como la "dueña" del establecimiento comercial e intervenían en forma personal en el manejo del negocio, decidían el ingreso de los empleados, abonaba las remuneraciones o bien instruían a otros, a tales fines[1094].

Pero además de las omisión en las registraciones laborales, la jurisprudencia del fuero del trabajo hizo estricta aplicación de los principios generales previstos en el art. 274 de la ley 19.550, declarando responsables, en forma solidaria e ilimitada, a los directores de una sociedad anónima, en caso de dilapidación del capital social que condujo a la insolvencia de la sociedad[1095]o en caso de manejo promiscuo, sinuoso y poco claro de la explotación del establecimiento, traducido en un permanente cambio de las denominaciones sociales así como de la titularidad de los integrantes de los entes ideales, aunque siempre conducidos en forma unívoca por los mismos sujetos, en tanto ello implica una seria presunción de que las sociedades eran solo un "escudo" utilizado por los demandados para evadir su responsabilidad directa por las obligaciones laborales[1096]. Del mismo modo, y con idéntica filosofía, se ha condenado a los gerentes de una sociedad de responsabilidad limitada, en la forma prevista por el art. 274 de la ley 19.550, en caso de infracapitalización de la sociedad

empleadora demandada, pues como buenos hombres de negocios, debieron adoptar las medidas necesarias para mantener la adecuada correlación entre el capital y el giro social, procurando asegurar el cumplimiento del objeto de la sociedad de modo de evitar la insolvencia de la entidad (art. 59 de la ley 19.550)[1097], soluciones que, en todos los casos, estimo irreprochables.

Dos cuestiones finales en materia de responsabilidad de los directores —o administradores de sociedades comerciales— por las obligaciones laborales contraídas por la sociedad empleadora:

a) En primer lugar, nada impide acumular a la demanda dirigida contra la sociedad la acción de responsabilidad prevista por los arts. 274 y 279 de la ley 19.550, aún cuando aquella no presente signos de insolvencia ni su patrimonio sea insuficiente para afrontar dichos créditos laborales, como alguna vez fue resuelto[1098], pues: a) La ley no subordina la responsabilidad solidaria e ilimitada de los directores a la prueba de la insolvencia de la sociedad que éstos administran y b) El carácter solidario de la responsabilidad que caracteriza a los directores de una sociedad anónima autoriza al acreedor a elegir a su deudor, por simple aplicación de las normas que el ordenamiento civil impone a los deudores solidarios (art. 833 del Código Civil y Comercial de la Nación.

b) Finalmente, carece de derecho para reclamar la responsabilidad de los miembros del directorio de una sociedad anónima, el director que ha tácitamente admitido haber liquidado sueldos "en negro" incluido el propio, de modo tal que es desacorde con la doctrina de los propios actos, que luego aquel intente demandar por esos valores legales a una sociedad que fue conducida por él mismo, junto con otros directores durante largos años, integrando su órgano de administración. Tal situación no merece que deba ser amparada jurisdiccionalmente[1099].

7. DEL CONSEJO DE VIGILANCIA

Art. 280.—

Reglamentación. El estatuto podrá organizar un consejo de vigilancia, integrado por 3 a 15 accionistas designados por la asamblea conforme a los arts. 262 o 263, reelegibles y libremente revocables. Cuando el estatuto prevea el consejo de vigilancia, los arts. 262 y 263 no se aplicarán en la elección de directores si estos deben ser elegidos por aquel.

Normas aplicables. Se aplicarán los arts. 234, inc. 2º, 241, 257, 258, párrafo primero, 259, 260, 261, 264, 265, 266, 267, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 286 y 305. También se aplicará el art. 60. Cuando en estas disposiciones se hace referencia a director o directorio, se entenderá consejero o consejo de vigilancia. [Texto según ley 22.903].

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 60, 234 inc. 2º, 241, 257 a 267, 286, 305; resolución Inspección General de Justicia 7/2015 art. 120. Com. Nac. Val.: resolución general 50/1976: art. 261.

§ 1. Importancia del consejo de vigilancia. Su incorporación a la normativa legal vigente

Innovando sobre el régimen del Código de Comercio, e incorporando una institución adoptada con éxito en varias legislaciones extranjeras, de distintas configuraciones socioeconómicas[1100], la ley 19.550 ha legislado en los arts. 280 a 283 el consejo de vigilancia, órgano integrado exclusivamente por accionistas, y cuya misión no se agota en el control de legalidad de los actos del directorio, sino que debe juzgar la oportunidad comercial y eficacia de los mismos con respecto a los intereses de la sociedad[1101].

Su organización no es obligatoria, sino facultativa, lo cual se desprende de la redacción del art. 280 de la ley 19.550, cuando dispone que "el estatuto podrá organizar un consejo de vigilancia". El legislador ha concedido pues a los accionistas una opción en lo que al control de los actos de los órganos sociales se refiere, otorgando por un lado esa fiscalización a la sindicatura, integrada por profesionales idóneos, pero limitando ese control a la legalidad de aquellos actos, vale decir, a su adecuación a la ley, estatuto o reglamento, o reservando a los accionistas para sí el examen de la gestión empresaria, incluso en lo que respecta al mérito y oportunidad de los actos correspondientes, control que deberá hacerse, no ya en forma independiente o indistinta, sino a través de un órgano denominado consejo de vigilancia, que funciona en forma colegiada.

En este último supuesto, la ley 19.550, si bien no reemplaza necesariamente a la sindicatura con la sola organización de un consejo de vigilancia, la sola superposición de funciones de uno y otro órgano la torna sumamente inconveniente, resultando aconsejable su supresión por vía estatutaria, de conformidad a lo dispuesto por el art. 283 de la ley en análisis, pero debe tenerse en cuenta que este cuerpo legal no ha ignorado la importancia de un control profesional de la gestión del directorio, y ha prescripto la necesidad de contratar anualmente una auditoría externa, en reemplazo de la sindicatura, cuyo informe sobre los estados contables deberá someterse a la asamblea de accionistas (art. 283).

Debe tenerse presente al respecto que la ley 22.903 ha reformado el art. 284, que en su último párrafo prescribe la posibilidad de que los accionistas

prescindan de la sindicatura, en cuyo caso los mismos tienen el derecho de control individual que otorga el art. 55 de la ley citada, a cuya lectura remitimos. En consecuencia, resulta facultativa para los socios la creación de un órgano de control, salvo para las sociedades comprendidas en el art. 299, que resulta siempre obligatorio.

§ 2. Críticas al consejo de vigilancia

La trascendencia que los legisladores de 1972 atribuyeron al consejo de vigilancia no parece justificarse en la práctica, pues ninguna ventaja ofrece este instituto que permite afirmar que se ha dado un paso importante para obtener un eficaz control o examen de los actos del directorio, eliminando los inconvenientes de la sindicatura.

Muy por el contrario, pueden formularse al consejo de vigilancia las siguientes críticas:

1. Su libre adopción, cualquiera que sea el número de accionistas o el capital de la sociedad, permite que empresas de escasa envergadura carguen con un pesado engranaje que sin duda dificultará su funcionamiento(1102). En Perú, donde también se encuentra legislada esta institución, el consejo de vigilancia es solo obligatorio para las sociedades con más de cincuenta accionistas o de más de veinte millones de soles de capital, o sea que se ha tomado en cuenta la importancia de la sociedad, atendiendo a un criterio numérico de socios o al volumen del capital social, aunque exceptuando de tal obligación de las sociedades cuyo directorio hubiera sido elegido por unanimidad o con participación de los accionistas minoritarios(1103).

2. La ley 19.550, como se ha visto, no ha legislado el consejo de vigilancia y la sindicatura como órganos excluyentes, pues ambos pueden coexistir, según se desprende del art. 283 del cuerpo legal citado y sin perjuicio de la prescindencia por los accionistas de la creación de ambos órganos, conforme lo dispuesto por el nuevo art. 284, en cuyo caso los accionistas se reservan el control directo e individual de la gestión de la sociedad, salvo para aquellas sociedades en las cuales aquellos deban necesariamente crear una sindicatura o consejo de vigilancia. Ello, sin embargo, lejos de garantizar mayor seriedad en el cumplimiento de los controles que el legislador ha atribuido a ambos órganos, complicará sin lugar a dudas la gestión del directorio, que deberá soportar no solo un exhaustivo examen de los libros y documentación por la sindicatura en forma trimestral, sino que deberá permitir arqueos de caja en cualquier momento, y suministrar al consejo de vigilancia información sobre la gestión social también en el mismo período.

3. En tercer lugar, la facultad que el art. 281, inc. c) de la ley 19.550 le otorga al consejo de vigilancia, de aprobar ciertos actos o contratos, no contribuye a agilizar la administración de la sociedad, pues aun cuando se coincida en que esa limitación no puede oponerse a terceros, lo cierto es que existiendo una previsión contractual en tal sentido, el representante de la sociedad no suscribirá ningún documento antes de obtener el visto bueno del consejo de vigilancia. Recuérdese que si este órgano deniega la autorización solicitada por el directorio, la cuestión se resolverá por decisión de los accionistas, en asamblea convocada a tal efecto, lo cual brinda una idea aproximada de las complicaciones que este sistema puede ocasionar a la administración de la sociedad.

El consejo de vigilancia no tuvo la menor recepción en nuestras prácticas societarias, y sus quince minutos de gloria los disfrutó cuando alguien advirtió que mediante la creación de dicho órgano podía frustrarse con bastante facilidad el ejercicio del voto acumulativo por parte de un grupo importante de accionistas minoritarios, maniobra a la cual ya nos hemos referido al analizar el art. 263 de la ley 19.550 y que la ley 22.903 puso fin de una manera definitiva. El fracaso más absoluto que exhibe el consejo de vigilancia es un claro ejemplo de que no debe ser mirando a las legislaciones extranjeras como deben redactarse o modificarse las leyes locales, sino reparando en la idiosincrasia de los destinatarios de esta normativa.

§ 3. Designación de los integrantes del consejo de vigilancia

El consejo de vigilancia es un órgano que debe contar con tres a quince miembros, de lo cual se desprende que la sociedad que lo adopte debe tener como mínimo tres accionistas.

El carácter de socio que la ley 19.550 exige es requisito indispensable para desempeñar el cargo de consejero. La pérdida del carácter de tal obliga a este a presentar su renuncia y autoriza su remoción, pues se entiende que los integrantes del consejo de vigilancia deben actuar a mérito de un interés suficiente[1104].

En cuanto a su elección, se prevé un sistema inverso al establecido para designación de los directores y síndicos.

En efecto, la ley 19.550 consagra como regla general para la designación de estos el sistema previsto por los arts. 255 y 284, con las variantes de los arts. 262 y 263, es decir, la designación de los mismos bajo el principio de la mayoría absoluta de la asamblea ordinaria, quedando abierto para todos los accionistas el derecho de votar acumulativamente. Este principio general sufre excepciones en los arts. 262 y 281 inc. d) de la ley 19.550, en cuanto dispone respectivamente

la elección de directores por categoría de acciones y por el consejo de vigilancia cuando estatutariamente le hubiera sido conferido a este órgano tal facultad.

Limitándonos a este último supuesto, surge de la ley 19.550 (art. 280), que el consejo de vigilancia deberá estar compuesto por un número entre tres y quince accionistas designados por la asamblea, de conformidad a lo dispuesto por los arts. 262 o 263, disponiendo además que cuando el estatuto prevea la existencia de un consejo de vigilancia, los artículos citados no se aplicarán a la elección de los directores, si estos deben ser elegidos por aquel.

Vale decir que en este supuesto, los sistemas electivos en la designación de directores, que constituyen excepciones al principio general en materia de elección por mayoría en la asamblea general ordinaria, son adoptados en el caso de designación de los consejeros de vigilancia como regla básica, invirtiéndose los términos; más aún, como bien lo recuerda Mascheroni, no se aplicarán los arts. 262 y 263 a la elección de directores. Con otras palabras: los referidos sistemas de protección de las minorías son de aplicación excluyente, pues a lo que tiende la ley es a que estas, a través de las disposiciones de los artículos citados, puedan elegir algún miembro del consejo de vigilancia, por cuanto el estatuto, al poder delegar en este órgano la designación de los directores, otorga injerencia al consejero elegido por la minoría para la designación de los mismos(1105).

El art. 280 de la ley 19.550, en su nueva redacción, ha modificado la última parte del primer párrafo del texto derogado, en cuanto disponía que cuando el estatuto prevea el consejo de vigilancia, los arts. 262 y 263 no se aplicarán en la elección de directores, prescribiendo actualmente que: "Cuando el estatuto prevea el consejo de vigilancia, los arts. 262 y 263 no se aplicarán en la elección de directores, si estos deben ser elegidos por aquel".

La reforma efectuada, más allá de la poca claridad que exhibe esta nueva norma, merece nuestra adhesión, pues brinda una solución que pone fin a una viciosa práctica que tendía a desvirtuar la aplicación del voto acumulativo en la elección de directores, y a la cual la jurisprudencia había puesto fin, en un esclarecido fallo(1106), pues resultaba corriente que el artículo fuera desvirtuado en la práctica, convirtiéndose en un eficaz medio de violación de los derechos de los grupos minoritarios, desde que resultaba evidente que, careciendo estos de la facultad de elegir directores existiendo consejo de vigilancia, a tenor de lo dispuesto por el derogado art. 280, bastaba para evitar la aplicación del art. 263 en la elección de administradores, con crear simplemente un consejo de vigilancia de pocos miembros y no concederle, a este órgano, la facultad de designar administradores.

Por lo expuesto, resulta comprensible que la ley 22.903 haya modificado el último párrafo del art. 280, de manera tal que el ejercicio del voto acumulativo para la elección de directores no resulta procedente existiendo un consejo de vigilancia, siempre y cuando, de conformidad a lo establecido por el art. 281, inc. d), esos directores deban ser elegidos por el consejo. Por el contrario, no existiendo esa autorización, el sistema previsto por los arts. 262 y 263 no resulta excluyente y

puede ser válidamente utilizado en la elección de los integrantes de ambos órganos.

Dos cuestiones deben ser aclaradas en relación con el tema de la designación de los miembros del consejo de vigilancia:

1. Los consejeros, en cuanto accionistas, gozan del derecho de voto en la elección de los mismos, pues el art. 241 de la ley 19.550 solo los inhabilita para aprobar los estados contables, así como los demás actos relacionados con su gestión y las resoluciones referentes a su responsabilidad y remoción.

2. Resulta inaplicable al consejo de vigilancia el párr. 3º del art. 284, el cual, referido a la sindicatura, establece que: "Cada acción dará (...) derecho a un solo voto para la elección y remoción de los síndicos". Esta disposición, que tiende a facilitar el ingreso de las minorías al órgano de fiscalización, se encuentra desplazada por el art. 280, en cuanto establece como regla general para la designación de los consejeros de vigilancia, otros sistemas de protección a aquellas, como resulta ser la aplicación directa de los arts. 262 y 263 de la ley societaria.

§ 4. Incompatibilidades e inhabilidades para ser integrantes del consejo de vigilancia

Rigen, por aplicación de los arts. 264 y 286—art. 280, último párrafo de la ley 19.550— las mismas incompatibilidades e inhabilidades que la ley 19.550 ha establecido para los directores y síndicos. En consecuencia, no pueden integrar el consejo de vigilancia los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez años después de su rehabilitación; los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco años después de su rehabilitación; los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos contra la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades, en todos los casos, hasta después de diez años de cumplida la condena; los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad hasta el cese de sus funciones; los directores, gerentes y empleados de la misma sociedad o de otra controlada o controlante, y finalmente, los cónyuges, los parientes por consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado inclusive y los afines dentro del segundo de los directores y gerentes generales.

En cuanto al alcance y crítica de estas disposiciones, debe estarse a lo expuesto al comentar las mismas, a cuya lectura me remito.

¿Pueden las personas jurídicas ser miembros del consejo de vigilancia? La respuesta afirmativa se impone, pues como acertadamente ha sostenido Zamenfeld, el requisito que el art. 280 impone para ser consejero es únicamente el ser accionista, y por ello, siendo que pueden ser accionistas de sociedades por acciones, exclusivamente otras sociedades por acciones (art. 30 de la ley 19.550), parece obvio que otra sociedad de este tipo puede ser miembro del consejo de vigilancia[1107]. Además de ello, si se permite que una sociedad civil de abogados o de contadores ser síndicos de sociedades por acciones, no veo razones que impidan que estas entidades de profesionales puedan integrar el consejo de vigilancia de la sociedad.

§ 5. Registración de la designación y cesación de los consejeros de vigilancia

El art. 280 de la ley 19.550 que remite al art. 60 del mismo ordenamiento legal, prescribe la aplicación de esta disposición al consejo de vigilancia, imponiendo la inscripción en el Registro Público de Comercio de todo nombramiento o cesación de los miembros del órgano citado, previa publicación en el Boletín Oficial.

De este modo, el legislador ratifica que las funciones de los integrantes de este cuerpo no se agotan en el mero examen de legalidad de la actuación del directorio, sino que les corresponde el análisis de mérito y oportunidad de la gestión comercial de la sociedad, en labor que la doctrina ha calificado como integrativa de la administración del ente societario. En consecuencia, le impone a la sociedad la obligación de registrar la designación o cese de los consejeros de vigilancia, con los alcances establecidos por el art. 60 del cuerpo legal citado, a cuya lectura corresponde remitir.

La aplicación del art. 60 de la ley 19.550, aun cuando se comprendan sus fundamentos, resulta, a mi juicio, discutible, pues si se recuerda el carácter declarativo, que la jurisprudencia le ha otorgado a la registración de los administradores, en el sentido de que la designación o cesación de los mismos tiene efectos como tal desde la decisión asamblearia que los designa, y cuya virtualidad se refiere principalmente a la inoponibilidad frente a terceros de la nueva designación no inscripta, para desconocer obligaciones contraídas por los anteriores administradores, no se comprende entonces la extensión del artículo citado a quienes en ningún caso tienen la representación de la sociedad.

§ 6. Funcionamiento del consejo de vigilancia

El consejo de vigilancia es un órgano colegiado que delibera en conjunto y decide por mayoría, pudiendo facultativamente organizar diversas comisiones para el mejor cumplimiento de sus funciones[1108].

La ley 19.550 obliga la necesaria reglamentación estatutaria de su organización y funcionamiento, a los efectos de facilitar su actuación. Sin perjuicio de ello, y fijando pautas mínimas de funcionamiento, el art. 280 de la ley 19.550 dispone la aplicación de los arts. 260 y 267, en virtud de los cuales el consejo de vigilancia deberá reunirse obligatoriamente en forma trimestral o cuando lo requiera cualquiera de sus integrantes, en cuyo caso la convocatoria se hará por el presidente o por cualquiera de los consejeros.

Las sesiones del consejo de vigilancia deberán constar en un libro de actas (art. 73), llevado con todos los requisitos prescriptos por el Código de Comercio, en el cual se deberá hacer transcribir lo decidido en cada una de las reuniones, con la firma de los miembros asistentes.

Resulta imprescindible asimismo la designación de un presidente del referido órgano de control interno, el cual deberá ser nombrado en la primera reunión del consejo de vigilancia, lo cual surge del art. 267, de aplicación al instituto, y cuya importancia es incuestionable a los efectos de llevar la representación del consejo ante el directorio y ante la asamblea de accionistas. La ley francesa de sociedades de 1966, en su art. 139, le otorga al voto del presidente del consejo, virtualidad suficiente para inclinar la balanza en caso de existir empate entre los integrantes del órgano citado. Nuestra ley nada dice, pero ello puede ser previsto por vía estatutaria, de conformidad a lo dispuesto por el art. 260 de nuestro ordenamiento societario.

La ley es expresa cuando establece que el cargo de consejero es personal e indelegable, pues no olvida que la elección de aquellos reposa en sus cualidades personales. En consecuencia, estos no podrán votar por correspondencia, pero en caso de ausencia podrán autorizar a otro consejero a hacerlo en su nombre, si existiera suficiente quórum. Su responsabilidad, en este caso, será la de los consejeros presentes (art. 266). El quórum necesario para la validez de sus reuniones es, por aplicación del art. 267, de la mitad más uno de sus integrantes.

Un problema interesante lo constituye la actitud de los consejeros disidentes con respecto a una decisión adoptada en el seno del consejo de vigilancia. El art. 282 prevé el supuesto, aunque referido, en mi opinión, a la actuación de este órgano en cumplimiento de las funciones integrativas de la administración de la sociedad, disponiendo expresamente que los consejeros disidentes en número no menor a un tercio podrán convocar a asamblea de accionistas, para que estos tomen conocimiento y decidan acerca de las cuestiones que motivan su disidencia.

Ello no resulta sin embargo aplicable cuando la decisión del consejo de vigilancia es contraria a la ley, estatuto o reglamento, pues aquella, por expresa disposición legal (art. 275) no puede ser convalidada ni ratificada por una asamblea de

accionistas. Los consejeros disidentes deben pues actuar en tales supuestos de conformidad a lo dispuesto por el art. 290, último párrafo, es decir, cumpliendo con las disposiciones del art. 294 de la ley 19.550, único modo de eximirse de las responsabilidades correspondientes (art. 297).

§ 7. Remoción y renuncia de los integrantes del consejo de vigilancia

Si bien el art. 280, párr. 1º de la ley 19.550 sienta como regla general la libre revocabilidad de los consejeros, resultando innecesaria la invocación de justa causa al efecto, debe tenerse en cuenta que la necesaria aplicación de los arts. 262 y 263 a la designación de los mismos, impone forzosamente recurrir a esas disposiciones legales en los supuestos de resolverse su remoción.

Por ello, en caso de haberse designado a los consejeros de vigilancia por el sistema de elección por categoría de acciones, la remoción se hará por la asamblea de accionistas de la clase que corresponda, y habiéndose empleado la acumulación de votos en la elección de aquellos, su remoción solo procederá cuando incluya la totalidad de los integrantes del consejo de vigilancia, con excepción, para ambos casos, de lo dispuesto por los arts. 264 y 267, que autorizan a la asamblea general de accionistas a removerlos en el supuesto de existir una causal de incompatibilidad o inhabilidad, o haberse decidido su responsabilidad.

Si el consejero incurre en las inhabilidades o incompatibilidades de los arts. 264 y 286 de la ley 19.550, resulta de aplicación el art. 265 de la misma, según el cual el directorio o el consejo de vigilancia, por propia iniciativa o a pedido fundado de cualquier accionista, debe convocar a asamblea general para la remoción del consejero incluido en los artículos mencionados, asamblea que se celebrará dentro de los cuarenta días de solicitada.

Denegada la remoción, cualquier accionista, director o consejero, puede requerirla judicialmente.

Tratándose de la renuncia de los integrantes del consejo de vigilancia, esta deberá ser presentada al consejo, órgano que podrá aceptarla si no afecta su funcionamiento regular. De lo contrario, el renunciante deberá continuar en funciones hasta tanto la próxima asamblea se pronuncie. No obstante ello, para el supuesto de que el órgano de gobierno no adopte decisión en tal sentido, y a fin de liberarlo de sus responsabilidades, la jurisprudencia ha otorgado a los administradores a título singular —lo cual es aplicable asimismo a los consejeros de vigilancia— suficiente legitimación activa a efectos de llevar a cabo la registración prescripta por el art. 60, la cual deberá inscribirse en el libro correspondiente, aunque como nota marginal[1109]. Debe recordarse asimismo

que en materia de renuncia de los consejeros de vigilancia, y en cuanto resulta aplicable al supuesto el art. 259, este artículo citado fue reformado por la ley 22.903, y en consecuencia el directorio debe aceptar la renuncia del consejero o consejeros en la primera reunión que celebre después de presentada, siempre que no afectare su funcionamiento regular y no fuere dolosa o intempestiva.

§ 8. Remuneración.

Rige sobre el tema, y en su totalidad, la disposición del art. 261 de la ley 19.550 (art. 280, párr. 2º) a cuyo comentario me remito; pero es necesario aclarar que en ausencia de fijación de la remuneración por el estatuto, corresponde su determinación exclusivamente a la asamblea de accionistas, pues resulta obvio que el consejo de vigilancia carece de atribuciones en tal sentido, que sin embargo tendrá cuando exista indeterminación estatutaria del monto de la remuneración de los miembros del directorio.

Art. 281.—

Organización. El estatuto reglamentará la organización y funcionamiento del consejo de vigilancia.

Atribuciones y deberes. Son funciones del consejo de vigilancia:

a) Fiscalizar la gestión del directorio. Puede examinar la contabilidad social, los bienes sociales, realizar arqueos de caja, sea directamente o por peritos que designe; recabar informes sobre contratos celebrados o en trámite de celebración, aun cuando no excedan de las atribuciones del directorio. Por lo menos trimestralmente, el directorio presentará al consejo informe escrito acerca de la gestión social;

b) Convocará la asamblea cuando estime conveniente o lo requieran accionistas conforme al art. 236;

c) Sin perjuicio de la aplicación del art. 58, el estatuto puede prever que determinadas clases de actos o contratos no podrán celebrarse sin su aprobación. Denegada esta, el directorio podrá someterlo a la decisión de la asamblea;

d) La elección de los integrantes del directorio, cuando lo establezca el estatuto, sin perjuicio de su revocabilidad por la asamblea. En este caso la remuneración será fija y la duración en el cargo podrá extenderse a 5 años;

e) Presentar a la asamblea sus observaciones sobre la memoria del directorio y los estados contables sometidos a consideración de la misma;

f) Designar una o más comisiones para investigar o examinar cuestiones o denuncias de accionistas o para vigilar la ejecución de sus decisiones;

g) Las demás funciones y facultades atribuidas en esta ley a los síndicos.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 58, 234, 236, 257, 268, 282, 294 inc. 5º. Resolución Inspección General de Justicia 7/2015 art. 120.

§ 1. Derechos y obligaciones del consejo de vigilancia

Ya quedó señalado anteriormente que el consejo de vigilancia cumple un rol de mayor alcance y relevancia que la sindicatura, pues sin perjuicio de tener a su cargo todas las funciones y facultades atribuidas por la ley a este órgano (art. 281, inc. g], de la ley 19.550) le corresponde la fiscalización de la gestión comercial del directorio, e incluso pueden serle otorgadas por el estatuto funciones de coadministración, reservándose el derecho de aprobar determinados actos o contratos o atribuyéndose la facultad de elegir los integrantes del órgano de administración, en cuyo caso la remuneración de estos será fija y la duración en el cargo podrá extenderse a cinco ejercicios (art. 281, incs. c] y d]).

Pues bien, en cumplimiento de las atribuciones de fiscalización de la gestión del directorio, el consejo de vigilancia deberá examinar la contabilidad social, los bienes de la sociedad, realizar arqueos de caja, sea directamente o por peritos que designe, recabar informes sobre contratos celebrados o en trámite de celebración, aun cuando no excedan de las atribuciones del directorio, y por lo menos trimestralmente, el órgano de administración presentará al consejo informe escrito sobre la gestión de la sociedad (art. 281, inc. a]).

El consejo de vigilancia podrá convocar a toda clase de asambleas, de conformidad a lo dispuesto por el art. 281, inc. b) de la ley 19.550, cuando lo estime conveniente, o cuando lo requieran accionistas en los términos del art. 236 de la ley citada, atribución que resulta más amplia que la concedida a la sindicatura por el art. 294, inc. 7º, pues este órgano, si bien tiene la facultad de convocar a asamblea extraordinaria en cualquier momento, solo puede llamar a asamblea ordinaria o asambleas especiales cuando omitiera hacerlo el directorio.

El inc. c) del art. 281 del ordenamiento societario confiere una atribución que debe estar expresamente concedida por el estatuto, según la cual el consejo de vigilancia puede reservarse la aprobación de determinados actos o contratos, los cuales no podrán ser celebrados por el directorio sin su necesaria autorización.

Esta atribución, como bien ha sido señalado, es meramente interna, y su violación no puede alegarse contra terceros[1110], los cuales pueden exigir el cumplimiento del acto o contrato celebrado por el legítimo representante de la sociedad, el cual de conformidad a lo establecido por el art. 58, obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

Su inobservancia, sin embargo, será causal de remoción y responsabilidades correspondientes, en los términos de los arts. 274 a 279 de la ley societaria.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que la atribución concedida al consejo de vigilancia, de revisar los actos o contratos celebrados por el directorio puede trabar el desenvolvimiento de la sociedad, originando conflictos entre uno y otro órgano. Para evitar esas contingencias, el legislador ha dispuesto que el veto del consejo de vigilancia no tenga tanta virtualidad como para dejar sin efecto esa contratación, sino que autoriza al órgano de administración a someterlo a la decisión de la asamblea de accionistas a fin de que estos resuelvan lo que corresponda.

El estatuto puede asimismo autorizar al consejo de vigilancia la elección de los directores, sin perjuicio de su revocabilidad por la asamblea, de conformidad a lo establecido por el art. 280, párr. 1º de la ley en análisis. En tal caso la remuneración de los directores será fija y la duración en el cargo podrá extenderse por el término de cinco años (art. 281, inc. d).

ZALDÍVAR ha encontrado suficiente fundamento a esta facultad concedida por la ley 19.550, sosteniendo que de esta manera las minorías podrían canalizarse al consejo de vigilancia, liberando al directorio de grupos heterogéneos, que dificultarían la gestión empresaria.

Entendemos equivocado su juicio, pues dudo seriamente sobre la eficacia de la gestión del consejero disidente, el cual, si bien tiene todas las atribuciones y deberes que el art. 294 le confiere a la sindicatura (art. 281, inc. g], y art. 290), lo cierto es que deberá cumplir su cometido en oposición a lo actuado por el directorio y el consejo de vigilancia, circunstancia que hará, cuando menos, dificultosa su gestión.

La ley 19.550 impone asimismo al consejo de vigilancia la presentación a la asamblea de accionistas de sus observaciones sobre la memoria del directorio y los estados contables sometidos a consideración de la misma; si bien esto parece estar íntimamente vinculado con lo dispuesto por el art. 294, inc. 5º, para la sindicatura, el informe del consejo de vigilancia ofrecerá otros puntos de vista, en atención al control de mérito que el legislador le ha otorgado, y en especial en orden a la proyección de las operaciones sociales y a la situación comercial presente y futura de la empresa. Debe recordarse que la subsistencia de la

sindicatura (art. 283) no exime al consejo de vigilancia del cumplimiento de esta obligación[1111].

El inc. f) del art. 281 impone por su parte al consejo de vigilancia, la designación de una o más comisiones para investigar o examinar cuestiones o denuncias de accionistas, o para vigilar la ejecución de sus decisiones.

Pero debe repararse en que:

a) La designación de determinadas comisiones no descarta la investigación directa por el consejo de vigilancia cuando la misma se estime conveniente, pues la norma en cuestión parece referirse al supuesto de contar el órgano de control con un número importante de miembros que conspiraría con una ágil actuación.

b) La ley 19.550 no ha exigido para estos supuestos que los accionistas denunciantes sean titulares de un determinado porcentaje del capital social, a diferencia de lo previsto para la sindicatura por el art. 294, inc. 11, el cual resulta en este único aspecto inaplicable al consejo de vigilancia. Debemos tener en cuenta que si bien los arts. 281, inc. g), y 294, inc. 11, son aparentemente análogos, el primero es de mayor amplitud, pues autoriza la designación por el consejo de vigilancia de comisiones para vigilar la ejecución de sus decisiones, lo cual se explica fácilmente si se recuerda la función de gobierno y gestión que la ley 19.550 le ha atribuido al órgano en análisis.

c) Finalmente, el art. 281, inc. g) de la ley 19.550 le otorga al consejo de vigilancia las demás funciones y facultades atribuidas en esta ley a los síndicos; entre otras: el examen de la documentación y contabilidad de la sociedad en los términos del art. 294, inc. 1º; la asistencia, con voz pero sin voto a las reuniones del directorio, comité ejecutivo y asambleas, a las cuales debe necesariamente ser citado; el control de la garantía de los directores (art. 294, inc. 4º); la inclusión en el orden del día de la asamblea de los puntos que considere procedentes; suministrar a los accionistas que representen no menos del dos por ciento del capital social información sobre materias de su competencia (art. 294, inc. 6º); vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias (art. 294, inc. 9º); fiscalizar la liquidación de la sociedad (art. 294, inc. 10); impugnar las decisiones asamblearias violatorias de disposiciones legales o estatutarias (arts. 251 y 253), etc., teniéndose presente que los derechos de información e investigación de los miembros del consejo de vigilancia incluyen los ejercicios económicos anteriores a su presentación.

Art. 282.—

Consejeros disidentes. Obligaciones. Los consejeros disidentes en número no menor de un tercio podrán convocar la asamblea de accionistas para que esta tome conocimiento y decida acerca de la cuestión que motiva su disidencia.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 283. Resolución Inspección General de Justicia 7/2015 art. 120.

§ 1. Derechos y obligaciones de los consejeros disidentes.
Remisión

La cuestión ha sido ya considerada al analizar el art. 280 al cual corresponde remitirse.

Art. 283.—

Sindicatura: prescindencia. Cuando el estatuto organice el consejo de vigilancia, podrá prescindir de la sindicatura prevista en los arts. 284 y ss. En tal caso, la sindicatura será reemplazada por auditoría anual, contratada por el consejo de vigilancia, y su informe sobre los estados contables se someterá a la asamblea, sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar el consejo.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 284 y ss. Resolución Inspección General de Justicia 7/2015 art. 120.

§ 1. Sindicatura y consejo de vigilancia. Auditoría anual

Del art. 283 de la ley 19.550 se desprende:

Que no resultan incompatibles la existencia de un consejo de vigilancia y una sindicatura, los cuales pueden coexistir.

Funcionando un consejo de vigilancia, la sindicatura puede ser reemplazada por una auditoría anual contratada por el consejo de vigilancia, para preservar la imparcialidad del control a efectuarse, pero a costa de la sociedad.

El informe presentado por la auditoría, referido a los estados contables, debe someterse a la asamblea para su aprobación, sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar el consejo de vigilancia, en orden a lo dispuesto por el art. 281, incs. a) y b) de la ley societaria.

8. DE LA FISCALIZACIÓN PRIVADA

Art. 284.—

Designación de síndicos. Está a cargo de uno o más síndicos designados por la asamblea de accionistas. Se elegirá igual número de síndicos suplentes.

Cuando la sociedad estuviere comprendida en el art. 299 —excepto en los casos previstos en los incs. 2º y 7º— la sindicatura debe ser colegiada en número impar.

Cada acción dará en todos los casos derecho a un solo voto para la elección y remoción de los síndicos, sin perjuicio de la aplicación del art. 288.

Es nula cualquier cláusula en contrario.

Prescindencia. Las sociedades que no estén comprendidas en ninguno de los supuestos a que se refiere el art. 299, podrán prescindir de la sindicatura cuando así esté previsto en el estatuto. En tal caso los socios poseen el derecho de control que confiere el art. 55. Cuando por aumento de capital resultare excedido el monto indicado la asamblea que así lo resolviere debe designar síndico, sin que sea necesaria reforma de estatuto. [Texto según ley 27.290]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 55, 234 inc. 2º, 288, 299, 369 inc. d); Resolución Inspección General de Justicia 7/2015 art. 120. LSC Uruguay: art. 397.

§ 1. La sindicatura. Concepto e importancia

La protección de los accionistas requiere el reconocimiento del derecho de control sobre la marcha de la sociedad, no solo porque aportaron bienes para la explotación económica, sino porque se encuentran a la espera de los resultados económicos que puedan obtenerse de la gestión social. Lo expuesto exige amplitud suficiente en ese derecho de control, para que, por él, pueda ser más eficaz la gestión, y en su caso puedan descubrirse los excesos y negligencias de los administradores(1112).

Sin embargo, pocos han sido los problemas de más difícil solución para los miembros de la comisión redactora de la ley 19.550 que los vinculados a la fiscalización privada de las sociedades anónimas, más concretamente a la sindicatura, institución incorporada al Código de Comercio por la reforma que a ese cuerpo legal se efectuó en el año 1889, y que la legislara en los arts. 335, 340 y 341, entre otras disposiciones legales.

Durante la vigencia del Código de Comercio, nuestros autores fueron coincidentes en sostener la ineficacia de este órgano, llegándose a afirmar incluso que el accionista gozaba de mayor protección con anterioridad a la reforma de 1889, pues no legislada la sindicatura, aquel podía ejercer a título individual las acciones correspondientes en defensa de sus derechos, protección que aquella no pudo otorgarle una vez contemplada, pues la experiencia demostró que los integrantes de este órgano no cumplían sus funciones como mandaba la ley, por no contar con la suficiente independencia para ello o no tener los conocimientos rudimentarios que le permitieran cumplir su cometido con mínima idoneidad(1113).

Castillo, con la claridad que lo caracteriza, describía en su Curso de Derecho Comercial, los problemas que planteaba la sindicatura durante la vigencia del Código de Comercio, que, útil es puntualizarlo, no exigía ningún requisito para llenar ese cargo.

Sostenía este autor que en la práctica, se observa que cuando se consigue para tal cargo una persona de responsabilidad, es por la confianza que en este tienen los directores, pero esa misma confianza hace ilusoria la fiscalización —que de por sí ya resulta imposible— porque el síndico se limita a poner el visto bueno en los balances. Por el contrario, cuando se busca a una persona, fijando la atención, más que en la responsabilidad, en su preparación y laboriosidad, si desea mantener el cargo deberá ser complaciente con los administradores, y cuidarse de no contrariar las indicaciones de estos. En resumen, lo que ocurre en ambas situaciones es, o que la fiscalización no se ejerce o que la independencia del síndico no existe"(1114).

Tantas fueron las críticas al sistema, incluso propiciando la supresión lisa y llana del instituto, que obligaron al legislador de 1972 a introducir profundos cambios en su organización y funcionamiento.

Lamentablemente, y como también lo señalan los redactores en la Exposición de Motivos, los diversos sistemas consagrados en el derecho comparado tampoco se encuentran libres de críticas, ni funcionan a satisfacción de la generalidad, lo que aumentó las dificultades de encontrar un sistema idóneo de protección de los accionistas en aquellas sociedades en las cuales el control individual de la administración, prevista por el art. 55, LSC, para los restantes tipos societarios, resulta, a juicio de aquellos, inaplicable, por la organización que las sociedades anónimas suponen.

El problema radica, fácil es advertirlo, en garantizar a los accionistas un efectivo control de la administración de la sociedad por parte de un órgano que debe cumplir sus funciones con independencia de criterio e imparcialidad en sus decisiones, cuando sus integrantes son elegidos por el sistema de la mayoría.

Siguiendo los lineamientos del Código de Comercio, la ley 19.550 delegó en los mismos accionistas la elección de los integrantes del órgano de fiscalización, rechazando lo sostenido por una importante corriente doctrinaria en nuestro país, que se inclinaba por la designación de los síndicos por vía judicial[1115], que si bien aparece a primera vista como atrayente, en aras de su imparcialidad, podía en la práctica ocasionar mayores inconvenientes que ventajas.

Sobre esa base, la ley estructuró toda la institución, otorgando incluso la opción a los accionistas de prescindir de este órgano, mediante la creación de un consejo de vigilancia, integrado por los mismos socios, no solo con funciones fiscalizadoras, sino también de gestión, como se observó al analizar los arts. 280 a 283 de la ley societaria.

La reestructuración, siguiendo la propia Exposición de Motivos, se fundó en las siguientes pautas:

a) Sindicatura obligatoriamente colegiada, cuando la sociedad está comprendida entre las enumeradas en el art. 299 —exceptuando sus incs. 2º por modificación posterior: ley 21.304— y 7º, incorporado por la ley 27.290[1116], pero manteniendo el síndico disidente los deberes, atribuciones y derechos del síndico individual (arts. 290 a 294).

b) Minucioso régimen de incompatibilidades e inhabilidades (art. 296).

c) Idoneidad en el cumplimiento de sus funciones, requiriéndose el título de abogado o contador público, o sociedad civil de responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por estos profesionales (art. 285).

d) Posibilidad de acceso de la minoría al órgano de fiscalización, a través del empleo del voto acumulativo (art. 289), o mediante su elección por clase de acciones (art. 288), inaplicando finalmente el beneficio del voto plural en la

designación y remoción de los síndicos, para cuyos supuestos todas las acciones gozan de un solo voto (art. 284).

En consecuencia, no se puede dudar de que la ley 19.550 dio un importante paso para mejorar y dinamizar el funcionamiento del órgano de fiscalización privada en las sociedades anónimas, aun cuando no se ha logrado cabalmente superar el escepticismo general que el instituto provoca, convertido en general en una simple copia del órgano de administración, cuyas directivas se acatan sin independencia de criterio(1117). Ello es tan así que cuando se produce el conflicto societario entre diversos grupos antagónicos en el seno de la sociedad, el síndico es considerado, por lo general, como el peor enemigo para quienes no integran el grupo de control.

Las razones del fracaso de este órgano no deben pues buscarse en deficiencias legislativas, sino en razones de funcionamiento práctico, pues lo corriente es que los socios designen como síndico, en el acto fundacional, al contador o abogado de la sociedad, en el convencimiento de estar cumpliendo con una mera formalidad exigida por la ley, al punto tal de que la remuneración correspondiente, en el mejor de los casos, aparece como un premio por el riesgo asumido por este funcionario(1118).

Por otro lado, las obligaciones que el art. 294 de la ley 19.550 impone a la sindicatura, son raramente cumplidas y casi nunca exigidas, al punto de que la presentación del informe a los accionistas, referido a los estados contables del ejercicio, es generalmente redactado por los administradores, sin injerencia del órgano de fiscalización. Podría quizás aventurarse que la existencia del síndico es advertida recién en el supuesto de conflicto de intereses a fin de que este suministre informaciones que serán empleadas en futuras demandas, pero aun así, una simple búsqueda en la jurisprudencia revela que no son fallos aislados aquellos que obligan a la sindicatura a suministrar a los accionistas los informes que le fueron requeridos extrajudicialmente, sin resultado de ningún tipo.

La ley 22.903 de reformas a la ley 19.550, dictada diez años después de aquella, reparó en algunas deficiencias de la ley 19.550 y reformó los arts. 284, 287 y 297, modificando sustancialmente el esquema provisto por esta ley en su anterior redacción, ya que admite, de conformidad a lo establecido por el art. 284, que los accionistas pueden prescindir de la sindicatura, la cual es reemplazada, con excepción de las sociedades previstas por el art. 299, por el control directo de los socios establecido por el art. 55 de la ley en estudio.

La reforma efectuada al régimen de la sindicatura, constituye uno de los más grandes aciertos de la ley 22.903, pues el control del funcionamiento de la sociedad puede ser más idóneamente ejercido por el accionista en forma individual, a través de los mecanismos previstos por el art. 55 de la ley 19.550, que teniendo que recurrir a una persona que por lo general responde evasiva o negativamente a cuanta iniciativa haya tenido el integrante de la sociedad, cuando éste no integra el grupo de control.

Consideramos que, para mejor el instituto, en aquellas sociedades donde la sindicatura es obligatoria, en los supuestos previstos el art. 299 de la ley

19.550, la posibilidad de intervenir judicialmente el órgano de control, ante las ilegítimas actuaciones u omisiones incurridas por el funcionario actuante, constituiría una medida muy idónea para dar impulso a un efectivo control sobre la administración societaria. Imaginemos por ejemplo cuando la sociedad se encuentra atravesando una etapa de conflictividad interna, y ante la poca transparencia que exhibe la marcha de los negocios sociales, ciertos accionistas reclaman del síndico el cabal ejercicio de sus derechos, con resultado negativo. En tal caso, la designación de un síndico en sede judicial, podría activar los mecanismos para encauzar el funcionamiento de la compañía a la ley y al estatuto, promoviendo investigaciones, iniciando demandas sociales, convocando asamblea de accionistas etc., aunque para ello, debería asimismo modificarse la ley 19.550 en el sentido de permitir a la sindicatura demandar la intervención judicial, posibilidad ésta que el texto vigente del ordenamiento societario en forma incomprensible no permite, pese a que la sindicatura es, por definición, el órgano de control interno de la sociedad.

Ahora bien, y entrando de lleno en el análisis del art. 284 de la ley 19.550, esta norma establece dos requisitos para prescindir de la sindicatura:

1) Que la sociedad no se encuentre comprendida en ninguno de los supuestos previstos por el art. 299, y, de superarse el capital social previsto por el inc. 2º del artículo mencionado, la asamblea que así lo resolviera deberá designar obligatoriamente un síndico, sin que sea necesaria la reforma de estatutos.

2) La prescindencia de la sindicatura debe preverse estatutariamente, lo cual significa que la creación del órgano de fiscalización constituye la regla general en materia de fiscalización privada.

Claro está que, si bien la prescindencia de la sindicatura puede llevar a numerosos problemas, teniendo en consideración la índole y extensión de las funciones otorgadas por la ley 19.550 a dicho órgano, que excede en mucho el simple control de la contabilidad de la sociedad, la misma ley 22.903, previendo esos inconvenientes, ha contemplado en numerosas disposiciones legales las soluciones correspondientes, y prueba de ello lo constituye lo dispuesto por el art. 258 ya analizado, que obliga a prever estatutariamente la elección de directores suplentes para subsanar la vacancia en el directorio, cualquiera sea la causa de la misma.

En el mismo sentido debe recordarse la reforma efectuada por la ley 22.903 al art. 203, que legisla sobre la reducción del capital social, y en cuanto establece, conforme su nueva redacción, que esa reducción voluntaria debe ser resuelta por asamblea extraordinaria, con informe fundado del síndico, en su caso, de manera tal que resulta evidente la intención del legislador de prescindir de este requisito, en el caso de inexistencia de sindicatura.

Finalmente, debió a nuestro juicio reformarse el art. 212 en cuanto el mismo prescribe la necesidad de la firma de un director y un síndico en los títulos representativos de acciones. Entendemos que aun sin la necesaria modificación que debió sin dudas efectuarse, debe hoy interpretarse que, en el supuesto de prescindencia de los accionistas de la sindicatura, resulta suficiente la firma de

un solo director, pues parece evidente concluir que cuando subsiste un artículo que prescribe determinadas obligaciones a la sindicatura, como condición de validez de un determinado acto, sin que el mismo haya sido modificado por la ley 22.903, dicho acto puede, sin dudas, llevarse a cabo prescindiéndose de ese requisito que debe juzgarse, para aquellas sociedades que se constituyan sin órgano de control, como sobreabundante.

Del mismo modo, la ley 22.903 tampoco efectuó modificación al texto original del art. 274 in fine de la ley 19.550, que requiere del director —que no concuerde con una determinada decisión del órgano de administración de la sociedad por considerarla lesiva al interés social o violatoria de la ley, estatuto o reglamento— el asentamiento de su protesta en la respectiva acta y la denuncia ante la sindicatura, para que el funcionario sindical tome las medidas del caso para evitar la producción de daños a la sociedad.

Cabe interpretar la omisión del legislador en el sentido de que, carente la sociedad de sindicatura, el director no agota su actividad con la mera protesta en el acta de la reunión del directorio, a los fines de la eximición de su responsabilidad, sino que es dable exigirle la misma actividad que la ley 19.550 pone en cabeza de la sindicatura frente a una denuncia en tal sentido; esto es, la convocatoria a asamblea de accionistas en esa misma reunión de directorio, o la inmediata convocatoria a reunión de directorio con iguales efectos (art. 267). Con ello queda extinguida su responsabilidad por la decisión del directorio eventual, generadora de responsabilidad; aunque lo deseable hubiera sido que la ley 19.550, ante la posibilidad de prescindir de la sindicatura, le confiriera a cualquiera de los directores la posibilidad de convocar a asamblea de accionistas, incluyéndolo, como lo hace con el síndico, dentro de los sujetos legitimados para ello, conforme lo dispone el art. 236 de la ley en análisis.

§ 2. Alcance del control de la sindicatura. ¿Control de mérito o control de legalidad?

A diferencia del régimen establecido por la ley 19.550 para el consejo de vigilancia (arts. 280 a 283), cuyas funciones no se agotan con el control de legalidad de los actos del órgano de administración (art. 281, inc. c]), resulta claro que en el contexto de nuestra ley, la fiscalización ejercida por la sindicatura se limita exclusivamente al de legalidad, entendiendo por tal el control de la administración de la sociedad, pero circunscripto a la fiscalización del cumplimiento por el directorio de las respectivas decisiones asamblearias, del estatuto y disposiciones legales correspondientes.

Algunos autores han deducido del art. 294 de la ley 19.550, que enumera algunas de las funciones de la sindicatura, un control de mérito de la gestión empresaria, fundados especialmente en los incs. 2º y 5º del citado artículo, que exigen de ese órgano una verificación de las obligaciones de la sociedad y su

cumplimiento[1119] y la presentación a la asamblea ordinaria de un informe escrito y fundado sobre la situación económica y financiera de la sociedad, dictaminando sobre la memoria, el inventario, balance y los estados de resultados[1120].

A mi juicio, y por las razones que expongo a continuación, la posición es equivocada.

1) Por cuanto la circunstancia de no haber otorgado legalmente a la sindicatura las funciones atribuidas por el art. 281, incs. c) y d), al consejo de vigilancia, autoriza a sostener que el legislador ha querido excluirla expresamente de la órbita de aquel órgano.

2) En segundo lugar, en cuanto el art. 283 autoriza la coexistencia de sindicatura y consejo de vigilancia, no sería lógico suponer la posibilidad de que ambos órganos pudieran tener paralelamente el control de la valoración de la gestión social, con el peligro de una disparidad de criterios, que trabaría, lógico es suponerlo, la administración de la sociedad.

3) Por otro lado, no puede deducirse del art. 294, inc. 2º, que la ley haya atribuido a la sindicatura un control de mérito de la gestión de los administradores, pues si la fiscalización se refiere "a las obligaciones y su cumplimiento", es evidente, transcribiendo palabras de Zelman Spiguel, que el artículo no alude a los negocios jurídicos que dieron lugar a dichas obligaciones, sino a su cumplimiento, y el control de mérito debería referirse a la conveniencia o no para la sociedad, de tales negocios, y no a las obligaciones asumidas como consecuencia de los mismos[1121].

4) Finalmente, debe repararse en que la ley no impone para la designación y remoción de los síndicos el cumplimiento del requisito de publicidad señalado por el art. 60, que sí es exigido para los miembros del consejo de vigilancia, lo cual confirma la labor de gestión de este órgano, si se observa que esa norma es de estricta aplicación para los administradores de las sociedades.

Como corolario de los expuesto puede afirmarse que el síndico, a través de los deberes que le son establecidos imperativamente por el art. 294 y concordantes de la ley 19.550, pondrá de manifiesto la eficacia de los administradores, o en su caso, las irregularidades que se observan en la misma, velando por los intereses de los accionistas a quienes representa ejerciendo esa función, pero de ningún modo puede sostenerse que tiene a su cargo el examen de mérito de los actos celebrados por los directores, pues ello es resorte exclusivo de la asamblea o de los accionistas a título singular, cuando el órgano de gobierno los exima de toda responsabilidad, en los términos del art. 276 de la ley societaria. En tal sentido, la jurisprudencia de nuestros tribunales es reiterada[1122].

§ 3. Elección de los síndicos. Régimen legal

En el momento de suscribirse el acto constitutivo, los síndicos son designados por los accionistas en el procedimiento de constitución simultánea (art. 165) o en la asamblea constitutiva en el supuesto de constituirse la sociedad por el procedimiento sucesivo (art. 179, inc. 4º).

Durante la vida de la sociedad, y del juego armónico de los arts. 284, 288 y 289 puede afirmarse que, salvo utilización por los accionistas del procedimiento previsto por el art. 263 de ese cuerpo legal —elección por voto acumulativo— la forma habitual de designación de los miembros de la sindicatura será por mayoría absoluta de los votos presentes en asamblea ordinaria (art. 234, inc. 2º), salvo mayor número exigido por el estatuto respectivo, sin computarse la pluralidad de votos. Sin perjuicio de ello, el estatuto puede autorizar, en caso de existir diversas clases de acciones, que a cada una de ellas corresponda la elección de uno o más titulares, o igual número de suplentes, reglamentando la correspondiente elección (art. 288).

Del art. 284 de la ley 19.550 pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1) Que al disponer la pérdida de los privilegios en el voto para la designación de los miembros de la sindicatura, el legislador ha dado un importante paso a efectos de independizar la gestión del síndico de los administradores, facilitando el ingreso de las minorías al órgano de fiscalización.

2) Que pese al silencio de la ley, debe concluirse que los tenedores de acciones sin derecho a voto lo recuperan a los efectos previstos por el art. 284 de la ley 19.550, pues como acertadamente lo sostiene Deppeler[1123], mantener una posición contraria llevaría al absurdo de aceptar que determinados socios carezcan del derecho a la inspección y control de quienes administran la sociedad, negándoles la posibilidad de hacerlo en forma indirecta, mediante la elección de los miembros del órgano de fiscalización.

§ 4. Sindicatura plural. Su necesidad en determinados supuestos

La importancia económica de las sociedades comprendidas en el art. 299 de la ley 19.550, torna imprescindible la necesidad de una fiscalización plural, ya sea por la complejidad o naturaleza del objeto desarrollado (art. 299, incs. 4º y 5º), o por estar destinadas esas sociedades a agrupar un gran número de accionistas (art. 299, inc. 1º). Por el contrario, y a mi juicio acertadamente, la ley 21.304, modificando la redacción original del art. 284, párr. 2º, ha exceptuado de la necesidad de una sindicatura plural a las sociedades comprendidas en el art. 299, inc. 2º de la ley 19.550 en razón de su capital social, pues el monto de este no constituye razón suficiente que justifique la necesidad de una sindicatura

plural, pues la onerosidad que ello implica y las dificultades de funcionamiento tornan inconveniente su adopción.

Debe exceptuarse del régimen de fiscalización privada establecido por la ley 19.550 a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria (arts. 308 a 314, ley cit.), las cuales se encuentran sometidas actualmente al régimen de sindicatura general de empresas públicas creado por la ley 20.801 (art. 5º) y cuyo régimen será estudiado oportunamente.

Resulta importante destacar que, si bien la ley 19.550 al organizar la sindicatura plural prescribe expresamente que la misma debe actuar en forma colegiada, no descarta la actuación individual o indistinta de cada uno de los miembros del órgano de fiscalización, sino que le impone al síndico disidente los deberes y derechos que el art. 294 prescribe, de lo cual se desprende que la posición de la mayoría en el seno de la comisión fiscalizadora no impone la conducta a seguir por el órgano de control.

La actuación colegiada se refiere pues a su quórum y funcionamiento, más no a la obligatoriedad de las decisiones que allí se adopten; no obstante lo cual, y a efectos de facilitar la actuación de la sindicatura plural o comisión fiscalizadora, según la terminología de la ley 19.550, el art. 290 impone la reglamentación por el estatuto de la forma de constitución, quórum o funcionamiento. Las decisiones de la comisión fiscalizadora deben ser adoptadas por mayoría, con las salvedades apuntadas, y constar en un libro de actas llevado al efecto (art. 73).

Art. 285.—

Requisitos. Para ser síndico se requiere:

1) Ser abogado o contador público, con título habilitarte, o con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por estos profesionales;

2) Tener domicilio real en el país. (Texto ley 26.994).

CONCORDANCIAS: LSC: art. 369 inc. d); resolución Inspección General de Justicia 7/2015 art. 120. LSC Uruguay: art. 397.

§ 1. Requisitos exigidos por la ley 19.550 para desempeñar la sindicatura

El problema de la idoneidad de los síndicos no es tema nuevo en nuestro derecho societario, pero no por ello ha perdido actualidad.

Con anterioridad a la reforma de 1889 —que introdujo la sindicatura en nuestro ordenamiento positivo— existían estudios al respecto, que se acrecentaron prácticamente durante todo el período posterior a la vigencia del Código de Comercio[1124].

Buscando precisamente idoneidad en el desempeño de funciones de tanta relevancia, nuestra doctrina elaboró numerosos proyectos, destacándose entre otros el de Francisco Oliver, quien en 1904 propiciaba el desempeño de contadores públicos en esa función; el de Vocos Giménez, postulando a abogados; el de Pedro Baiocco, de 1917, sosteniendo la necesidad de una sindicatura a cargo de tres titulares y tres suplentes, uno abogado, uno contador y uno técnico en el ramo desarrollado por la empresa[1125]. Sin embargo, fue el recordado jurista y presidente de la República Argentina, el Profesor Ramón S. Castillo quien más contribuyó al estudio del problema, propiciando la designación de dos síndicos, uno de ellos vinculado a la empresa y otro contador público designado judicialmente, proyecto que presentó al Primer Congreso Argentino de Derecho Comercial de 1940. Zavala Rodríguez ilustra asimismo sobre otro proyecto del Inspector General de Justicia, doctor Eduardo Laurencena, que propiciaba la designación de los síndicos sin intervención de los directores, ampliando en ese sentido la prohibición impuesta a los directores por el art. 356 del Código de Comercio[1126].

El legislador, consciente de la trascendencia del problema que ocasiona la ineptitud de los miembros del órgano de fiscalización, que lo convierte en ese caso en un mero instrumento del directorio, y cristalizando esos importantes antecedentes doctrinarios, ha exigido como requisito de idoneidad para ejercer la sindicatura, la necesidad de contar con título habilitante de abogado o contador público, o sociedad civil con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por esos profesionales.

Se adopta de esta manera la solución que parece más acertada, pues no surge de la ley que las funciones de los síndicos deban estar necesariamente reservadas a los profesionales en ciencias económicas, como reiteradamente se afirma. Basta detenerse en las claras prescripciones del art. 102, último párrafo de la ley 19.550, que legitima al síndico para demandar judicialmente la remoción del o los liquidadores; del art. 251, que lo autoriza para impugnar de nulidad las decisiones asamblearias contrarias a la ley, estatuto o reglamento; del art. 271, que exige la aprobación del síndico de aquellos contratos que el director celebre con la sociedad, y fundamentalmente del art. 284, incs. 3º, 8º y 9º, que entre otras funciones obliga a vigilar el cumplimiento de la ley, estatuto y decisiones asamblearias por parte del órgano de administración, para concluir que la formación jurídica es de tanta relevancia como la contable para el ejercicio del cometido que la Ley de Sociedades le encomienda a los miembros del órgano de fiscalización, sin perjuicio de lo cual, y como bien lo señala Halperin, es responsabilidad de los socios la elección de un profesional idóneo para el cargo[1127].

§ 2. Sociedad de contadores y abogados. La reforma efectuada por la ley 26.994

La ley 19.550, en su versión original, vigente hasta el año 2015, requería, para el caso de ejercer la sindicatura en sociedad, el tipo social de la sociedad civil con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por abogados o contadores públicos, con título habilitante, pero la derogación del Código Civil por la ley 26.994 y con ello la figura de la sociedad civil, obligó a dicha ley a reformar el art. 285 LGS, previendo que esa sociedad debía caracterizarse por la responsabilidad solidaria asumida por estos procesionales.

De manera tal que conforme al texto del nuevo art. 285 inc. 1º de la ley 19.550, que solo permite integrar sociedad entre contadores y/o abogados con responsabilidad ilimitada de sus integrantes, cabe concluir que solo puede ejercerse la sindicatura societaria, a través de una sociedad colectiva, cuya regulación obra en los arts. 125 a 133 de la hoy denominada Ley General de Sociedades.

Podría afirmarse, no obstante, que el art. 24 de la ley 19.550, en su actual redacción (ley 26.994), al prever que en las sociedades no regulares, informales, simples o como quiera denominarse a los entes comprendidos en los arts. 21 a 26, que las sociedades entre profesionales constituidas para ejercer la sindicatura podrían adaptarse a este nuevo modelo, en tanto que sus miembros podrían pactar expresamente con terceros la solidaridad por la responsabilidad emergente del desempeño de sus funciones. Sin embargo, ello no es, a nuestro juicio, admisible legalmente, pues ubicadas las sociedades contempladas en la Sección IV del Capítulo 1º de la ley 19.550, como una anomalía al régimen de las sociedades previstas en el Capítulo II de la referida normativa legal, a continuación del régimen previsto para las sociedades nulas, no resulta acertado sostener que el legislador societario permita a las sociedades previstas en el art. 285 de la ley 19.550, ejercer un cargo de tanta trascendencia como la sindicatura societaria, cuando ellas no han sometido su constitución y funcionamiento a las pautas legalmente previstas y se encuentren incluso sometidas —por tratarse de una sociedad de hecho— a un régimen de disolución que puede ser provocado por cualquier socio en cualquier momento (art. 25 última parte de la ley 19.550). De lo contrario, debería concluirse que las sociedades previstas en la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550 constituyen un tipo social, siendo evidente, por su ubicación en dicha ley, que no lo son.

De modo tal que las sociedades a las que se refiere el art. 285 inc. 1º de la ley 19.550 solo pueden ser sociedades colectivas, pero no sociedades de ningún otro tipo o clase previstas en dicha ley. No ignoro al respecto que ha sido sostenido por alguna doctrina que resulta posible que las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada pueden integrar el listado de las compañías referidas en dicha norma, pero agregando a su contrato social o estatuto una

cláusula expresa de no limitación de responsabilidad y de solidaridad entre los socios respecto del ejercicio profesional, o sea, de las relaciones con sus clientes, con los terceros afectados por la práctica sindical y con las autoridades regulatorias respectivas[1128], pero tampoco consideramos a ello posible jurídicamente, pues se trataría de una responsabilidad diferenciada en determinados tipos sociales, en donde la limitación de la responsabilidad es requisito esencial tipificante (arts. 146 y 163 de la ley 19.550), y si bien las sociedades atípicas no están ahora condenadas a la nulidad sino al sometimiento a las normas de los arts. 21 a 26, ya hemos concluido en el sentido que estas sociedades no pueden quedar comprendidas entre aquellas a las cuales el ordenamiento societario argentino permite ejercer la sindicatura, esto es, a las sociedades colectivas, con exclusividad.

Igual conclusión, finalmente, nos merece la opinión de Vítolo[1129], para quien ni siquiera el art. 285 de la ley 19.550 permitiría la constitución de sociedades colectivas entre síndicos, por cuanto, a juicio de este autor, no existe en la ley general de sociedades, entidad alguna en la cual los socios respondan en forma solidaria por las obligaciones sociales, ni siquiera las sociedades colectivas, para las cuales se prevé la subsidiariedad, de modo que la sindicatura, a juicio de este profesor, solo podría ejercerse a través de las sociedades incluidas en la Sección IV del Capítulo I de la mencionada ley y solo mediando pacto expreso de solidaridad con la sociedad sometida a su fiscalización, conclusión que no compartimos pues: a) No parece necesario que el art. 285 de la ley 19.550, cuando se refiere a la actuación de sociedades con responsabilidad solidaria en el ejercicio de la sindicatura, deba hacerse expresa mención a la subsidiariedad, pues ello surge del art. 56 primer párrafo de la referida ley, en principio general previsto para todas las sociedades regularmente constituidas y b) Tampoco parece coherente que el legislador haya encomendado, ni más ni menos, que el control de legalidad del funcionamiento de una sociedad anónima o cualquier otra entidad en que sus miembros hubieran establecido un órgano de control interno, a una sociedad para lo cual no se exige inscripción en el registro mercantil, con lo que ello supone en materia de transparencia y oponibilidad.

Aclarado ello, es preciso puntualizar que la sociedad prevista por el art. 285 inc. 1º de la ley 19.550, no necesariamente debe estar integrada entre abogados y síndicos, sino que puede ser integrada por contadores o abogados exclusivamente, y ello surge claro del primer párrafo de la citada norma, cuando establece que, para ser síndico, se requiere ser abogado o contador público con título habilitante. Pero además de ello es necesario puntualizar:

1) La que asume el carácter de síndico, es la sociedad, no sus componentes; por ello, cualquier alteración en su elenco resulta ajena a la sociedad cuya fiscalización aquel ente ejerce.

2) Las inhabilidades e incompatibilidades previstas por el art. 286 de la ley 19.550 alcanzan a todos sus componentes, y el solo hecho de que alguno de ellos estuviera incurso en ella impediría que dicha sociedad pudiera desempeñar su función de síndico. En consecuencia, de producirse algunas de las causales previstas por ese artículo en relación con uno de sus integrantes, debe cesar la sociedad en el cargo y ser reemplazada por el síndico suplente[1130].

3) El poder de administrar la sociedad corresponde a todos los socios, y se reputa ejercido por cada uno de ellos indistintamente si en el contrato social no constara que para ejercerlo, los socios hubiesen nombrado uno o más administradores (art. 127 de la ley 19.550), los cuales deben ser socios. Por su parte, si se encargara la administración a varios socios, sin determinar sus funciones, ni expresar que el uno no puede obrar sin el otro, se entiende que pueden realizar indistintamente cualquier acto de administración (art. 128 LGS).

Puede ocurrir, y así sucede con mucha asiduidad, que —a los fines de evitar la responsabilidad solidaria que la ley 19.550 impone para los socios de la sociedad profesional que desempeña la función de síndico en la sociedad por acciones—, se designe para tal función a uno de los integrantes de un estudio contable o jurídico a título personal, cuando de los hechos surge que la sindicatura es ejercida por la sociedad civil.

Probada, pues, la actuación de la sociedad como síndico, corresponde aplicar los principios de derecho común previstos por el art. 333 del Código Civil y Comercial de la Nación que legisla la simulación subjetiva o interposición ficticia de personas, que consiste en la inserción de un intermediario ficticio en una relación que surge o está destinada a realizarse entre otras personas, con la lógica consecuencia de extender los efectos jurídicos directamente sobre el patrimonio del contratante oculto[1131].

A esa misma solución llega el art. 34 de la ley 19.550, que no solo considera al socio aparente con las mismas obligaciones y responsabilidades de un verdadero socio (salvo su acción contra los socios para ser indemnizado de lo que pagare), sino que también impone a los socios ocultos una responsabilidad ilimitada y solidaria, en la forma establecida por el art. 125 de la ley en análisis.

Art. 286.—

Inhabilidades e incompatibilidades. No pueden ser síndicos:

1) Quienes se hallen inhabilitados para ser directores, conforme al art. 264;

2) Los directores, gerentes y empleados de la misma sociedad o de otra controlada o controlante;

3) Los cónyuges, los parientes por consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado, inclusive y los afines dentro del segundo de los directores y gerentes generales.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 264, 265, 369 inc. d); resolución general 7/2015, art. 120; Código Procesal: art. 12; ley 12.990: art. 7º, inc. d); ley 17.711: art. 1º; ley 17.811: art. 42, inc. b); LSC Uruguay: art. 398.

§ 1. Inhabilidades e incompatibilidades para ejercer la sindicatura

El art. 286 de la ley 19.550 no solo tiende a asegurar la idoneidad de los integrantes de la sindicatura, a quienes extiende las mismas prohibiciones e incompatibilidades prescriptas por el art. 264 para los directores, sino que busca fundamentalmente asegurar su independencia de criterio, vedando esa función a los directores, gerentes y empleados de la misma sociedad o de otra sociedad controlada o controlante, así como a los cónyuges, parientes por consanguinidad y afines dentro del segundo grado, de los directores y gerentes generales.

Obsérvese que:

1) Resulta indiferente que el o los síndicos sean o no accionistas de la sociedad.

2) La ley 19.550 no menciona en el inc. 2º del artículo en análisis los integrantes del comité ejecutivo, lo que obviamente se explica por razón de estar reservadas esas funciones en forma exclusiva a los miembros del directorio (art. 269), por lo que corresponde su exclusión.

3) Al referirse el art. 286, inc. 2º, a los empleados de la sociedad, ha vedado el acceso a la sindicatura a todos aquellos que se encuentran en relación de dependencia con la firma, disposición que se justifica, pues esa relación implica subordinación directa al director, siendo por el contrario la independencia con respecto a este órgano condición indispensable del ejercicio de la sindicatura.

4) A fin de no extender la prohibición más allá del límite de lo razonable, el legislador ha limitado el ingreso a la sindicatura de los cónyuges, y parientes de los directores y gerentes generales, excluyendo a los de los gerentes especiales (art. 270) aun cuando debe recordarse que estos no pueden acceder a la sindicatura por aplicación del art. 286, inc. 2º, que no distingue entre unos y otros.

La infracción a lo dispuesto por el art. 286 de la ley 19.550, da lugar a la remoción del síndico, conforme lo dispuesto por el art. 265 de la ley citada, pues si bien aquella norma no remite a lo dispuesto por esta última, parece evidente sostener, por lógica tarea de interpretación, que si a los síndicos le son aplicables las mismas inhabilidades e incompatibilidades previstas para los directores, la sanción correspondiente, en caso de infracción, debe ser la misma que corresponde para los administradores, que se encuentra prevista en el art. 265 de la ley 19.550 y conforme a la cual el directorio o cualquier otro síndico (en caso de sindicatura plural) por propia iniciativa o a pedido de cualquier accionista y ante la falta de renuncia del síndico inhabilitado o que desempeña funciones incompatibles con su cometido, deben convocar a asamblea ordinaria para la remoción del mismo, la cual debe celebrarse dentro de los cuarenta días de

solicitada. Denegada la remoción —continúa el art. 265—, cualquier accionista, director o síndico (en caso de sindicatura plural) puede requerirla judicialmente.

§ 2. Incompatibilidad en el ejercicio de la función de contador certificante y el desempeño de la sindicatura

La cuestión ha sido objeto de un nutrido debate en la doctrina nacional[1132], pues con diversos argumentos se ha discutido la posibilidad o imposibilidad de que una misma persona física pueda desempeñar a la misma vez el ejercicio de la sindicatura societaria y la función de contador certificante o auditor de los balances de la misma sociedad.

La ley 19.550 contiene varias normas que se refieren a los contenidos de los estados contables (arts. 61 a 66, 234 inc. 1º, 294 inc. 5º, etc.), entre los cuales debe incluirse necesariamente el dictamen de la sindicatura sobre los estados contables. Por el contrario, dicho ordenamiento legal no requiere ni legisla al "dictamen de auditoría" ni exige la "certificación" de dichos estados contables por un contador independiente. Tales instrumentos vienen impuestos por normas técnicas emanadas de organismos profesionales de ciencias económicas.

Según el dictamen nro. 1, aprobado por el Instituto Técnico de Contadores Públicos el 15 de noviembre de 1971, el dictamen sobre estados contables es el informe escrito mediante el cual un contador público, fundado en el examen de los mismos, practicado de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas, emite su opinión o expresa que se abstiene de opinar sobre dichos estados contables, de acuerdo con esas normas.

El dictamen nro. 3 del Instituto Técnico de Contadores Públicos, de fecha 13 de julio de 1973 exige del contador certificante de los estados contables mantener una posición de independencia, a fin de lograr imparcialidad y objetividad en sus juicios.

Esta independencia de actuación es también requerible para el ejercicio de la sindicatura. El art. 286, incs. 2º y 3º de la ley societaria prohíbe, para asegurar la misma, el desempeño de la función sindical a los directores, gerentes y empleados de la misma sociedad o de otra controlada o controlante, así como a los cónyuges, los parientes por consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado inclusive, y los afines dentro del segundo de los directores y gerentes generales.

Es precisamente en base a la independencia e imparcialidad exigida para el ejercicio de la sindicatura y para suscribir el dictamen sobre los estados contables, que la doctrina, avalada por la opinión de colegios profesionales de

las ciencias contables[1133], ha sostenido la posibilidad de la compatibilidad de ambas funciones en un mismo profesional.

Por otra parte, ha sido sostenido[1134], en pro de la compatibilización de ambas funciones, que ello evitaría costos a la empresa, dada la similitud entre ambos dictámenes; los cuales, según se sostiene, son complementarios, "optimizándose el informe del síndico al incluir un dictamen de auditoría que ha observado las normas personales y técnicas basadas en recomendaciones y dictámenes emanados de organismos profesionales cuya solvencia y autoridad no pueden ser discutidos"[1135].

En el mismo sentido ha sido expuesto que si el atributo funcional del síndico comprende no solo su independencia y lealtad, sino también su eficacia y responsabilidad, ello se encontraría asegurado como ninguno por el 'síndico-auditor[1136].

Sin embargo, la compatibilización entre ambas funciones, según la doctrina que la apoya, solo puede darse cuando el contador certificante o auditor no mantiene una vinculación permanente con la sociedad, debiendo elaborar ambos dictámenes en instrumentos separados[1137], quedando pues excluido de la posibilidad de acumular ambas funciones el contador que se desempeña en relación de dependencia con la sociedad o que mantiene una relación profesional de permanencia con la misma, pues en estos casos carecería de la necesaria independencia que es requerible para la acumulación de ambas funciones.

La doctrina jurídica no comparte esta manera de pensar. En tal sentido, Halperin[1138]entiende inadmisible que el síndico societario certifique los balances en todos los casos, fundado en lo dispuesto por el art. 286, inc. 2º, de la ley 19.550, el cual prohíbe a los empleados de la sociedad ejercer la sindicatura societaria.

Enrique Zaldívar, por su parte[1139], entiende que no pueden ser síndicos ni los asesores de la sociedad ni sus contadores, pues entre estos y el directorio existe un vínculo que, aun cuando no sea estrictamente el de "empleador-empleado" a que se refiere el inc. 2º del art. 286 de la ley en análisis, involucra una relación económica que afecta a la señalada independencia. Llama la atención a este autor que ni la Inspección General de Justicia, ni la Comisión Nacional de Valores, ni el Consejo Profesional de Graduados en Ciencias Económicas se hayan opuesto a que el síndico de la sociedad sea el contador certificante de su balance, práctica común en nuestro medio, claramente violatoria del espíritu de los arts. 296 y 298 de la ley.

Puede, pues, afirmarse que hasta el dictado del fallo "Benavent Oscar L. c/ Benavent Hnos. SA s/ sumario", de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 25 de abril de 1995[1140]—sobre cuyo contenido nos referiremos en párrafos posteriores y que pone fin, a nuestro juicio, a tan discutida cuestión— la jurisprudencia de nuestros Tribunales se ocupó muy poco de la cuestión, debiendo rescatarse los fallos firmes del por entonces Juez de Primera Instancia de Registro y Minas de Salta, el doctor Emilio Cornejo Costas, en los casos "Lufa SA" y "Cerámica del Norte SA"[1141], en los cuales, siguiendo

las enseñanzas de Suárez Anzorena[1142], se declaró la total incompatibilidad en el ejercicio de ambas funciones, afirmándose en otro precedente que si bien no existe una prohibición expresa que veda al contador certificante y auditor de los balances suscribir los mismos como síndico societario, sería contrario al espíritu de la ley, que ha querido garantizar la independencia de la sindicatura, no admitir la existencia de una prohibición tácita en aquellos casos en los que se vulnera notoriamente la independencia de la sindicatura respecto del órgano de administración[1143].

Por mi parte, me enrolo entre quienes sostienen la existencia de una incompatibilidad manifiesta en el profesional contable que ejerce la sindicatura, y en el desempeño de tal cargo informa a los accionistas sobre la situación económica y financiera de la sociedad, dictaminando sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultados (art. 294, inc. 5º, LSC), y a la vez suscribe los estados contables como contador certificante o auditor.

Las opiniones de quienes sostienen la compatibilización de ambas funciones, aun con los límites señalados anteriormente, son equivocadas porque parten de la idea de que el informe de la sindicatura, o bien constituye un gasto superfluo, que puede ser evitado con el simple recurso de recurrir al mismo profesional que elabora los mismos, o bien resulta de relativa seriedad, al sostenerse que el dictamen del funcionario sindical debe apoyarse en el dictamen del auditor para exhibir mayor autoridad.

El razonamiento de esta doctrina incurre en el error de suponer la inutilidad del informe requerido a la sindicatura por el art. 294, inc. 5º de la ley 19.550, ya sea por los costos que ello implica, o por la relativa autoridad que merece, al predicar su necesaria complementación con el dictamen del contador certificante. Este último argumento colisiona frontalmente con lo dispuesto por el art. 293 de la ley 19.550, conforme al cual el cargo de síndico es personal e indelegable.

También olvida esta doctrina que el dictamen o informe requerido por el inc. 5º del art. 294 de la ley societaria no agota la labor de la sindicatura, sino que, por el contrario, el cometido que la ley de sociedades otorga al órgano de fiscalización interno consiste, en términos generales, en la vigilancia permanente de los órganos sociales, a los fines de que los mismos den acabado cumplimiento de la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias (art. 294, inc. 9º de la ley 19.550), para lo cual, el informe que debe brindar el funcionario sindical a los accionistas sobre los estados contables presentados por los directores a la asamblea es el resultado final de dicho control.

La ley 19.550, al legislar sobre la sindicatura, ha sido mucho más generosa en cuanto a sus fines y alcances, que aquella doctrina que ve en la labor del funcionario sindical solo una cuestión de costos o una mera formalidad que puede ser sustituida o complementada por otro dictamen. Por el contrario, el legislador de 1972 ha pretendido que el único informe que debe merecer seriedad, por su independencia e idoneidad, es el del síndico societario, y la prueba más evidente de ello es que la ley 19.550 no ha previsto ni requerido, en sus minuciosas normas contables (arts. 61 a 66 de la ley 19.550), el informe del contador certificante o dictamen de auditoría.

La alegada superioridad del informe del auditor o contador certificante, en base a una supuesta más alta autoridad y solvencia, además de ser una generalización subjetiva carente de fundamento serio, no puede constituir argumento para relativizar la importancia del informe de la sindicatura, pues no debe olvidarse que, innovando sobre el régimen del Código de Comercio, la ley 19.550 ha jerarquizado la función de la sindicatura, al exigir profesionalidad a sus integrantes (art. 285).

El informe del síndico societario sobre los estados contables no constituye una mera formalidad, ni constituye un acto aislado e independiente, pues dicho dictamen debe basarse en las verificaciones y fiscalizaciones periódicas requeridas por los incs. 1º y 2º del art. 294 de la ley 19.550. Por otra parte, la elaboración de dicho informe requiere del síndico societario la misma labor, en cuanto a su extensión, alcance e idoneidad, que la requerida por las normas técnicas a los contadores certificantes. La prueba más acabada de ella se encuentra en el art. 283 de la ley 19.550, el cual, legislando sobre el consejo de vigilancia, admite la prescindencia de la sindicatura en las sociedades en las cuales se haya regulado la existencia de aquel órgano de control, en cuyo caso, obliga al consejo de vigilancia a reemplazarla por una auditoría anual, con lo cual, ambos informes o dictámenes quedan, cuanto menos, equiparados legalmente.

El error de la legislación vigente es quizá el de exigir la certificación de los balances por contador independiente, cuando la sindicatura es ejercida por un profesional de ciencias económicas o sociedad civil constituida entre ellos, pero tal como se encuentra el panorama en la actualidad, no quedan dudas de que ambas funciones resultan incompatibles.

Se reitera: el problema no pasa por los costos o diferencia intelectual de ambos informes para sostener la compatibilización de funciones entre el contador certificante y sindicatura, pues quienes así piensan revelan una versión meramente económica de la cuestión, que peca de poca seriedad y autoridad científica. La cuestión radica en determinar si el contador certificante o auditor, que debe ser contratado por el directorio de la sociedad, y cuyas funciones son por propia naturaleza remuneradas (art. 1623 del Código Civil); tiene la suficiente independencia para acumular las funciones de síndico societario, y la respuesta debe ser negativa en todos los casos.

El uso que el legislador ha dado al término "empleado" en el art. 286, inc. 2º de la ley 19.550, debe ser interpretado conforme las intenciones del mismo, pues aunque quizás desafortunada, aquella locución hace referencia no a una relación "empleador-empleado", sino que involucra una relación económica que afecta directamente la necesaria independencia del funcionario sindical, que, bueno es reiterarlo, no es designado por el directorio, sino por los mismos accionistas de la sociedad, reunidos en asamblea ordinaria (art. 234, inc. 2º), y sabido es que la independencia de funciones entre los diversos órganos de la sociedad ha sido impuesta por el legislador a través de evidentes normas de orden público, que hacen a la tipicidad de la entidad.

La doctrina sostiene la incompatibilidad manifiesta existente entre la función del síndico societario con la del contador certificante de los balances de la empresa, sosteniéndose que el síndico que dictamina como funcionario societario sobre el trabajo efectuado por él mismo en el carácter de contador certificante, es juez y parte, por lo que al presentarse esta situación, la decisión asamblearia que aprueba los estados contables es nula[1144].

§ 3. La jurisprudencia. El caso "Benavent Oscar c/ Benavent Hermanos Sociedad Anónima y otros s/ sumario". Fallos posteriores: "Herrera de Noble Ernestina Laura contra Supercanal Holding SA sobre medidas cautelares" y "Isabella Pascual contra Bingo Caballito SA sobre ordinario"

En fecha 25 de abril de 1995 fue dictado el fallo "Benavent Oscar c/ Benavent Hnos. SA s/ sumario", de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que se enroló en la tesis negatoria del desempeño de ambas funciones por un mismo profesional, aportando el Tribunal nuevos argumentos en pro de la incompatibilidad de ambos cometidos, destacando la "insensatez" (en el sentido de carente de sentido final útil) de mantener en una sociedad anónima la función sindical (que puede ser prescindida a tenor de lo dispuesto por el art. 284 in fine) y a la vez asignar tal calidad al mismo contador certificante de los estados contables.

Vale la pena destacar el voto del magistrado Edgardo Marcelo Alberti quien destacó al respecto que la designación de la misma persona para el desempeño de la sindicatura y la contador certificante o auditor de la misma sociedad, provoca una opinable situación, en la cual la misma persona individual que ha producido los estados contables, o los ha 'auditado', o los ha 'certificado', de seguido revisa su labor propia para dictaminar sobre ella como síndico". Esto origina, a juicio del citado magistrado, un formulismo que además de carente de sentido, resulta superfluo.

Años después, el 19 de diciembre de 2006, la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos "Herrera de Noble Ernestina Laura y otros c/ Supercanal Holding SA s/ medidas cautelares. Incidente de apelación", volvió a tratar la cuestión, exhibiendo una solución más flexible que el adoptado en el caso "Benavent", al resolver que el desempeño simultáneo de las funciones de síndico y contador dictaminante no serían, en principio, incompatibles, siempre que esta segunda se realice sin vinculación permanente con la sociedad, pero dejando librado, a criterio del juez, la valoración de que la actuación efectuada por esas personas haya vulnerado algún legítimo interés que configure tal incompatibilidad.

Finalmente, la cuestión quedó a nuestro juicio dirimida en el fallo de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos "Isabella Pascual

c/ Bingo Caballito SA s/ sumario", del 21 de octubre de 2011, donde se resolvió lo siguiente, esquemáticamente expuesto:

1. Existe una esencial incompatibilidad entre las funciones del síndico y del contador certificante como del auditor.

2. Resulta incongruente que el contador que certificó los estados contables o aquel profesional que los auditó puedan luego, cambiando su ropaje por el de síndico, revisar su propia labor y, más inverosímil aún, dictaminar su desaprobación.

3. Que el síndico emita opinión remitiendo al consejo del auditor vuelve casi inútil su figura.

4. Si bien las funciones de síndico y contador certificante son en general diversas, ambos profesionales (síndico y auditor) ejercen tareas de control (interno y externo) que requieren de una total independencia entre sí para que pueda cumplirse realmente la finalidad que les asigna la ley.

5. Aún cuando se ha dicho que la función sindical radica sustancialmente en un control de legalidad de la marcha de la sociedad, es claro que este cometido requiere del análisis de la documentación contable (art. 294, inc. 1º ley 19.550) como insumo necesario para pronunciarse sobre la regularidad de los balances mediante el informe que le impone el inc. 5º del art. 294 de la ley específica. Es evidente que esta puntual tarea lo llevará, indefectiblemente, a realizar un nuevo control de los elementos ya auditados, función que claramente no podría cumplir si una sola persona reuniera las calidades de síndico y auditor externo.

6. El decreto 677/2001 en su art. 12, impone particulares y rigurosas exigencias a quienes pretendan ejercer la auditoría externa en las sociedades allí involucradas, con un claro objetivo como es procurar una actuación independiente y veraz y si bien esa norma no es aplicable puntualmente a la sociedad no cotizante, demuestra la intención del legislador en punto a garantizar o reforzar la independencia del auditor, como vía para obtener un resultado sólido y útil para quienes serán afectados por aquella pieza contable. De igual modo, la independencia que tiene que existir entre auditor y síndico persigue igual fin.

7. El argumento de que el impugnante habría percibido honorarios en igual infracción que la que predica, no puede ser argumento para convalidar una ilegalidad, pues eventualmente la sociedad podrá adoptar medidas respecto de quien o quienes percibieron honorarios sin derecho o en demasía. Pero de manera alguna la generalización de una infracción puede ser razón suficiente para convalidar lo actuado a espaldas de la ley.

§ 4. Efectos que provoca la indebida acumulación de funciones de síndico y contador certificante

Resta finalmente aclarar los efectos que trae aparejada la actuación del contador certificante o auditor, a la vez síndico societario de la sociedad, quien ha suscripto los estados contables de la misma, en tal doble carácter.

En primer lugar, la existencia de una incompatibilidad legal para efectuar un determinado acto, o cumplir una determinada función, constituye una incapacidad de derecho que, como es sabido, obedece por lo común a razones de orden moral, pues está instituida por el legislador no para proteger al incapaz, sino para prevenir incorrecciones a actos socialmente indeseables que él pudiera tal vez pretender. Como bien predica Aráuz Castex[1145], a diferencia de la incapacidad de hecho, que está instituida en favor del incapaz, la incapacidad de derecho está instituida en contra del mismo.

Tratándose entonces las incompatibilidades previstas por el inc. 2º del art. 286 para el ejercicio de la sindicatura, de verdaderas incapacidades de derecho, la sanción al acto celebrado por el incapaz es la nulidad del mismo y en consecuencia, siendo el informe del síndico elemento indispensable de los estados contables (arts. 234, inc. 1º y 294, inc. 5º) la suscripción del mismo por el mismo profesional que ha certificado o auditado dichos estados contables, torna nula la decisión asamblearia aprobatoria de los mismos, pues ninguna validez puede tener la aprobación de un acto que carece de los requisitos previstos expresamente por la ley.

En segundo lugar, la incursión por el síndico en una de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas por el art. 286 de la ley societaria trae como consecuencia la remoción del mismo, pues la remisión contenida en el inc. 1º del artículo citado hace directamente aplicable lo dispuesto por el art. 265 del citado ordenamiento legal, pudiendo ser ella solicitada incluso judicialmente por cualquier accionista, director o síndico, cuando la asamblea ordinaria no lo removiera.

De entre ambos caracteres incompatibles —sostuvo el tribunal en el caso "Benavent"— (ejercicio de la sindicatura y certificación de los estados contables), ha de cesar la persona que los desempeñaba en el de síndico societario, porque no cabe imponer la cesación del otro vínculo, en tanto éste podría consistir en una relación laboral, cuya anulación requiere de participación personal en el pleito del prestador del servicio.

§ 5. Incompatibilidad entre las funciones de síndico societario y abogado de la sociedad

La jurisprudencia ha cuestionado seriamente la actuación del estudio jurídico que por un lado cumple una función de asesoramiento al directorio de una sociedad, influyendo en sus decisiones negociales o pecuniarias y por el otro, a través de uno de sus abogados, ejerza la sindicatura en esa misma sociedad, controlando o fiscalizando, bajo la investidura del síndico, la adecuación de la gestión en la cual muy probablemente hubo de participar(1146).

Sin embargo, esta misma jurisprudencia distingue entre los efectos que produce esa actuación incompatible: en lo que se refiere a la proyección externa de esos actos, ella no comporta objetivamente causal de invalidez de los actos procesales desarrollados en el juicio, pero desde el punto de vista del funcionamiento de la sociedad, ello puede motivar eventuales impugnaciones contra su desempeño de síndico societario(1147).

Para así distinguir, el tribunal parte de la idea de que los conceptos de inhabilidades e incompatibilidades son supuestos diferentes a los que pueden generar una incapacidad de derecho. Se sostuvo en el caso "Trigo Lydia y otros c/ Trigo Hermanos y Cía. Sociedad Anónima", dictado por la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, el día 18 de junio de 1996, que la noción de incompatibilidad ha sido definida como la prohibición legal o convencional de acceder o ejercer una o varias funciones que pesa sobre determinados sujetos, en razón de otras funciones o actividades que estos desempeñan, concluyendo que las diferencias entre incapacidad e incompatibilidad, en cuanto a sus consecuencias son las siguientes: en el primer caso la nulidad del acto y en el segundo la aplicación de sanciones particularizadas en cada caso.

Resulta difícil coincidir con la doctrina judicial emanada de este fallo, pues en la medida que existe una prohibición legal de ejercer una determinada función o realizar una determinada actividad, ello implica una incapacidad, esto es, una ineptitud de la persona para ser titular de determinadas relaciones jurídicas, que en el caso en análisis es de derecho, pues la hipótesis prevista por el art. 286 inc. 2º de la ley 19.550, que prohíbe ser síndicos a los directores, gerentes y empleados de la misma sociedad o de otra controlada o controlante, se sustenta —como sucede con toda incapacidad de derecho— en razones de orden moral, pues como enseña Llambías, con su institución, que impide que alguien sea titular de un derecho determinado, se espera mantener las relaciones humanas en un nivel moralmente más saludable que si se permitiera lo que está prohibido(1148).

Las supuestas diferencias que el tribunal ha enfatizado entre incapacidad por una parte e inhabilidad e incompatibilidad, por el otro, resultan artificiales, pues a lo sumo media, entre ambos conceptos, una relación de género y especie, pero es evidente que las consecuencias en ambos casos son exactamente las mismas, tanto desde el punto de vista interno que externo: la nulidad del acto, con todo lo que ello supone, sin perjuicio de la remoción del funcionario que ha incurrido en semejante actuación.

El Profesor de la Universidad de Rosario, Alberto Romano sostiene la incompatibilidad entre la función de síndico societario con la del abogado de la

empresa o de los administradores, fundado en que el informe del art. 294 inc. 5º de la ley 19.550 presentado por un síndico sobre el cual recae tal incompatibilidad, debe asimilarse a la falta de presentación de dicho informe y en estos casos, se afecta y vulnera el derecho de información de los socios, resultando nula la decisión asamblearia que aprobó los estados contables, siendo irrelevante que haya o no pedido información en la asamblea. Tal incompatibilidad justifica, a juicio del autor citado, la remoción del síndico abogado, que obviamente podrá ser pedida judicialmente[1149].

Art. 287.—

Plazo. El estatuto precisará el término por el cual son elegidos para el cargo, que no puede exceder de 3 ejercicios; no obstante, permanecerán en el mismo hasta ser reemplazados. Podrán ser reelegidos.

Revocabilidad. Su designación es revocable solamente por la asamblea de accionistas que podrá disponerla sin causa siempre que no medie oposición del 5% del capital social.

Es nula cualquier cláusula contraria a las disposiciones de este artículo. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 166 inc. 3º, 179 inc. 4º, 234 inc. 2º. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 120. LSC Uruguay: art. 397.

§ 1. Plazo de actuación de la sindicatura

En concordancia con lo dispuesto por el art. 166, inc. 3º, de la ley 19.550, el art. 287 exige la necesaria inclusión en el estatuto del término de duración por el cual son elegidos los síndicos para el cargo, el que no debe exceder los tres ejercicios, aun cuando pueden ser reelegidos libremente.

Previendo la posibilidad de que el término de sus funciones acaeciera con anterioridad a la celebración de la asamblea ordinaria a la que se refiere el art. 234, inc. 2º, la disposición en análisis establece que el síndico permanecerá en el cargo "hasta ser reemplazado", adoptando idéntica solución a la consagrada para los directores en el art. 257, párrafo segundo.

Sin embargo, ello podría llevar a sostener que el mecanismo referido autorizaría a perpetuar a un determinado síndico, demorando el directorio injustificadamente la convocatoria a asamblea. Nada más lejano de la intención del legislador, quien solo ha consagrado un remedio eficaz para evitar las dificultades que acarrearan las demoras en la celebración de una asamblea. El art. 236, que autoriza a los accionistas a solicitar la convocatoria aun judicialmente, y los arts. 274, 278 y 296, que legislan sobre la responsabilidad de los directores y síndicos respectivamente, otorgan a los socios las armas suficientes para evitar el abuso del art. 287.

§ 2. Remoción o revocación de los síndicos

La modificación efectuada por la ley 22.903 al art. 287 de la ley 19.550 resulta justificada, pues el derogado art. 287 desacertadamente autorizaba la remoción del síndico sin invocación de causa, por decisión de la asamblea de accionistas, lo cual evidentemente conspiraba contra su independencia de actuación, ya que ponía en manos del grupo de control un modo simple, pero de gran eficacia, para poner fin a la actuación de un síndico diligente en el cumplimiento de sus funciones que no haya demostrado complacencia con el órgano administrador.

Por otro lado, el art. 287 derogado resultaba asimismo contradictorio e incompatible con otras disposiciones legales, entre ellas los arts. 284, 288 y 289, que facilitaban el ingreso de las minorías al órgano de fiscalización.

El nuevo art. 287 no adopta la solución prevista por los arts. 227 de la ley francesa del 24 de julio de 1966 y por el 2400 del Código Civil Italiano, que exigen la existencia de justos motivos para ordenar la revocación de los síndicos, sino que prescribe que la designación de estos es revocable solamente por la asamblea de accionistas, que podrán disponerla sin causa, siempre que no medie oposición del cinco por ciento del capital social. Se consagra de esta forma una justa solución que fortalece sin dudas la actuación de la sindicatura y que impone, a quien pretende la remoción de sus integrantes, la invocación de justas causas que la justifiquen. En consecuencia con lo expuesto, solo podrá considerarse válida la decisión asamblearia que remueva al síndico sin expresión de causa, cuando la adopción de esa medida fuere unánime o resistida por accionistas que no reúnan el cinco por ciento del capital social, solución que encuentra analogía, y en este aspecto, con lo dispuesto por el art. 275 de la ley societaria.

Art. 288.—

Elección por clases. Si existieran diversas clases de acciones, el estatuto puede autorizar que a cada una de ellas corresponda la elección de uno o más síndicos titulares e igual número de suplentes y reglamentará la elección.

La remoción se decidirá por la asamblea de accionistas de la clase, excepto los casos de los arts. 286 y 296.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 207, 262, 286, 296. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 120.

Art. 289.—

Elección por voto acumulativo. Los accionistas pueden ejercer el derecho reconocido por el art. 263, en las condiciones fijadas por este.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 269.

§ 1. Elección de los síndicos por clase y por voto acumulativo

A efecto de facilitar el ingreso de la minoría al órgano de fiscalización, los arts. 288 y 289 de la ley 19.550 aceptan la elección de los síndicos a través de los procedimientos de elección por clase y por acumulación de votos en los términos de los arts. 262 y 263 de la ley en análisis.

En el primer caso, es requisito esencial la existencia de cláusula estatutaria previendo el procedimiento de elección por clase de acciones. En caso contrario, se requerirá la correspondiente reforma del estatuto con el quórum y mayorías previstas para las asambleas extraordinarias, pero fuera de los supuestos del art. 244, último párrafo de la ley 19.550. La remoción de los síndicos electos por este sistema será en idéntica forma, excepto en los casos en que se presente alguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad, o que la asamblea general ordinaria declare la responsabilidad de algunos de los síndicos elegidos a través del sistema previsto por el art. 288, toda vez que esa declaración importa su automática remoción (art. 296 de la ley 19.550).

Como es lógico, la elección de los síndicos por clase de acciones, supone la actuación de una sindicatura plural o "Comisión Fiscalizadora" en los términos del art. 290 de la ley citada.

Debe recordarse que por aplicación del art. 262 último párrafo de la ley 19.550, al cual remite expresamente el art. 289, la elección del síndico, por clase de acciones, descarta la utilización en las correspondientes asambleas especiales (art. 250) del sistema del voto acumulativo y, en consecuencia, aquellos serán designados por mayoría absoluta de accionistas presentes en las asambleas especiales.

Por su parte, el art. 289 concede a los accionistas el derecho de utilizar el sistema de voto acumulativo en la elección de los miembros del órgano de fiscalización, en las condiciones fijadas por el art. 263, es decir hasta completar el tercio de las vacantes a llenar.

La remoción de los síndicos así elegidos, solo procederá cuando incluya la totalidad de los integrantes de la sindicatura, salvo los supuestos ya previstos por los arts. 286 y 296 de la ley 19.550.

La elección de los miembros de la sindicatura por voto acumulativo, no descarta la aplicación de ese procedimiento para la elección de los directores ni viceversa. La ley permite la representación de la minoría en ambos órganos, lo cual resulta de toda lógica por las diferentes funciones que corresponden a cada uno de los mismos, pero debe señalarse que la aplicación del art. 263 para la elección de los integrantes de la sindicatura resulta de muy raro ejercicio en la práctica, pues nada justifica, a excepción de los supuestos previstos por el art. 299, la creación en el estatuto de una sindicatura plural, por las dificultades de funcionamiento, lo cual impide, por esas razones, la representación en ella de una fracción minoritaria de accionistas[1150].

Art. 290.—

Sindicatura colegiada. Cuando la sindicatura fuere plural actuará como cuerpo colegiado, y se denominará "Comisión Fiscalizadora': El estatuto reglamentará su constitución y funcionamiento. Llevará un libro de actas. El síndico disidente tendrá los derechos, atribuciones y deberes del art. 294.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 73, 294. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 120. LSC Uruguay: art. 397.

§ 1. La sindicatura colegiada. Remisión

Habiendo ya analizado el art. 290 en oportunidad de considerar el art. 284, corresponde remitirse a lo allí expuesto.

Art. 291.—

Vacancia: reemplazo. En caso de vacancia, temporal o definitiva, o de sobrevenir una causal de inhabilitación para el cargo, el síndico será reemplazado por el suplente que corresponda.

De no ser posible la actuación del suplente, el directorio convocará de inmediato a una asamblea general, o de la clase en su caso, a fin de hacer las designaciones hasta completar el período.

Producida una causal de impedimento durante el desempeño del cargo, el síndico debe cesar de inmediato en sus funciones e informar al directorio dentro del término de 10 días.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 234, 250. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 120. LSC Uruguay: arts. 399, 400, 405.

§ 1. Régimen de vacancia. Síndicos suplentes. Incorporación

La designación del o los síndicos suplentes responde a la necesidad de cubrir en forma automática la vacante dejada por el síndico titular, ya sea por remoción, renuncia, fallecimiento, o por incapacidad, entre otras causas, impidiendo las demoras que puede ocasionar la convocatoria y ulterior celebración de una asamblea ordinaria.

Surge indubitable del artículo en cuestión la preocupación de la ley en evitar las situaciones de vacancia en el órgano de fiscalización, previendo incluso que el síndico suplente debe reemplazar al titular aun en caso de vacante temporal,

supuesto que obliga a la sociedad a notificarle esa circunstancia a efecto de que asuma el cargo mientras dura la ausencia del síndico titular.

Un problema de interés lo constituye el orden de incorporación de los síndicos suplentes en caso de haberse previsto una sindicatura plural o "Comisión Fiscalizadora", de conformidad a los términos empleados por la ley 19.550, cuando el estatuto no prevea el supuesto. El caso ya ha sido tratado al analizar el art. 258, que legisla el supuesto de vacancia en el órgano administrativo, y a nuestro juicio las soluciones no varían, debiendo ser incorporados los síndicos suplentes de acuerdo con el orden de nombramiento establecido por la asamblea que los designara, dejando a salvo los supuestos de designación por clase, en los cuales el síndico titular así electo será reemplazado por el suplente de la misma clase, y en el caso de elección por voto acumulativo, en que se reemplazarán según el origen de la elección del titular, sea por voto común o acumulativo.

De no ser posible la actuación del síndico suplente, el directorio, o en su defecto los accionistas, en los términos del art. 236 de la ley 19.550, deben convocar de inmediato a una asamblea general ordinaria o de la clase que corresponda, a fin de hacer la designación hasta completar el período.

Puede también ocurrir que, ejerciendo sus funciones, se produzca una causal de impedimento por parte de uno de los síndicos titulares, supuesto que podría presentarse en caso de habérsele decretado un concurso civil, para no citar más que un ejemplo. El art. 291 de la ley 19.550 resuelve categóricamente el problema, obligando a quien incurre en tales impedimentos a cesar de inmediato en sus funciones e informar al directorio dentro del término de los diez días a fin de la adopción de las medidas correspondientes. La permanencia en el cargo, sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiera corresponder, autoriza su inmediata remoción, aun cuando haya sido designado por los sistemas de elección por clase o acumulación de votos, no rigiendo para este último caso lo dispuesto por el último párrafo del art. 263, que autoriza la remoción de todos los integrantes del órgano correspondiente.

Art. 292.—

Remuneración. La función del síndico es remunerada. Si la remuneración no estuviera determinada por el estatuto, lo será por la asamblea.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 234, inc. 2º. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 120. LSC Uruguay: art. 401.

§ 1. Remuneración de los síndicos

El art. 292 de la ley 19.550 descarta la gratuidad del cargo de síndico, ratificando el principio general establecido por el art. 234, inc. 2º, en cuanto a la competencia de la asamblea ordinaria de accionistas para determinar su remuneración.

La remuneración del síndico debe ser lo suficiente y razonablemente compensatoria de las atribuciones y deberes que supone la naturaleza y extensión de sus funciones, principalmente contenidas en el art. 294 de la ley 19.550.

Los parámetros que habitualmente utiliza la asamblea de accionistas para remunerar a la sindicatura son varios: el monto de las ganancias obtenidas en el ejercicio durante el cual el funcionario sindical desempeñó su labor, el tiempo insumido en el ejercicio de la sindicatura, su asistencia a los órganos de la entidad, etc., y por lo general, la experiencia demuestra que se trata de una suma siempre inferior al monto de los honorarios asignados al directorio.

El carácter remunerado de las funciones ejercidas por la sindicatura deriva de su condición de locador de servicios con respecto a la sociedad (art. 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación), y la asamblea no puede disponer la gratuidad de sus funciones, aun cuando el ejercicio en que el síndico desempeñó sus tareas hubiese arrojado pérdidas, pues el art. 261 no le es aplicable, salvo disposición estatutaria en contrario, en la medida en que ninguna injerencia tiene con respecto a la gestión comercial de la sociedad.

Nada se opone sin embargo, para que la remuneración del síndico pueda ser establecida estatutariamente con base a un porcentaje de las ganancias, y ante tal hipótesis, la asamblea podría disponer en cada caso su pago aún cuando no se cubran las pérdidas anteriores (art. 71 de la ley 19.550).

La ley 19.550 no prevé ni acepta la determinación de la remuneración de la sindicatura mediante un convenio celebrado entre el directorio y el funcionario, lo cual, como bien fue sostenido jurisprudencialmente, supondría una delegación en aquel órgano de tareas que, ante el silencio del estatuto, son propias de la asamblea, en tanto no parece acertado que ese convenio pueda ser aceptado por quien, precisamente, debe fiscalizar la regularidad de los actos de la sociedad y de sus órganos[1151].

En definitiva, cualquiera fuere la forma de fijación de los honorarios de la sindicatura, la determinación de su monto es siempre competencia exclusiva de la asamblea de accionistas (art. 234 inc. 2º de la ley 19.550), siendo nulos los pagos efectuados al síndico, cuando ellos hayan sido determinados por otro órgano, como sucede habitualmente, ante la acumulación de funciones en la sociedad desempeñadas por el mismo contador, que al facturar mensualmente

sus honorarios por la labor contable desarrollada, incluye una suma de dinero en concepto de honorarios de la sindicatura. Esa manera de actuar, tan lamentablemente habitual en nuestro medio, donde la independencia de la actuación de la sindicatura es un principio que cede ante la necesidad de reducir los costos empresarios, coloca al síndico en una posición muy desfavorable frente a cualquier pedido de remoción intentado por la propia sociedad o por cualquier accionistas, que así lo pretenda.

El carácter remunerado de las funciones ejercidas por el síndico no descarta la posibilidad de que este pueda renunciar a sus honorarios, pues se trata de un derecho disponible por este, sin orden público comprometido.

§ 2. Reclamación judicial de la remuneración por el síndico societario

Suele acontecer que la asamblea de accionistas, al considerar un determinado ejercicio de la sociedad, haya omitido fijar los honorarios del síndico, o le haya asignado una retribución que este estima insuficiente. Eso ocurre, por lo general, cuando quien se desempeña como síndico, también reviste el carácter de contador de la sociedad, y ya ha percibido una remuneración por el cumplimiento de estas últimas funciones.

La cuestión ha ofrecido dificultades en nuestra jurisprudencia, pues es materia controvertida: a) la vía judicial apropiada para ello, y b) la competencia de los Tribunales que deben entender en tal demanda.

En cuanto a la primera cuestión, ha sido resuelto que la decisión asamblearia que dispuso no pagar retribución al síndico, no resulta susceptible de ser impugnada por el supuesto perjudicado mediante el procedimiento y con los efectos del art. 251 de la ley 19.550, pues las acciones que emergen de esta norma, y para cuya promoción se encuentra el síndico expresamente legitimado, están previstas cuando se afecta el interés de la sociedad y no el interés personal o individual del síndico[1152].

Esta manera de pensar encuentra congruencia en lo dispuesto por el art. 233 in fine de la ley 19.550, cuando prescribe que las resoluciones asamblearias adoptadas conforme a la ley y al estatuto son obligatorias para todos los accionistas, y deben ser cumplidas por el directorio, sin hacer referencia alguna al síndico societario.

Por otro lado, y en la medida en que el síndico integra el órgano de control de la sociedad, mal puede sostenerse que una decisión asamblearia que afecta su derecho a una justa retribución le resulta inoponible, como si se tratara de un tercero ajeno a la sociedad, pues aun cuando dicho acuerdo no lesiona la ley,

estatuto o reglamento, ni implica el incumplimiento —por parte del órgano de gobierno— de tales cuerpos normativos, lo cierto es que esa decisión asamblearia no pude serle indiferente.

Por otra parte, el argumento de que la acción impugnatoria de decisiones asamblearias está prevista en defensa del interés social y no del interés particular del afectado, encuentra serios reparos en lo dispuesto por el art. 251, pues la insuficiencia de la remuneración asignada al síndico societario por parte de la asamblea de accionistas, implica el incumplimiento de un mandato legal —la fijación de su monto por la asamblea ordinaria anual de ejercicio, atento el carácter remunerado de tal función— y al respecto, la norma aludida no distingue sobre la supuesta víctima del acuerdo asambleario violatorio de la ley.

En principio, coincido con esta línea de pensamiento, aunque limitada la promoción de la demanda impugnatoria del acuerdo asambleario por parte de la sindicatura, al caso de insuficiencia de su remuneración. De lo contrario, podría sostenerse que los accionistas carecen de la facultad de impugnar una decisión asamblearia que perjudicaría el derecho a su percepción de dividendos (v.gr.: creación de reservas libres) por la vía del art. 251 de la ley 19.550, pues ella afectaría solo el interés personal de los mismos, lo cual es insostenible en derecho, y no ha sido recogido nunca por nuestros Tribunales.

Ello, sin perjuicio de no coincidir sobre la ajenidad al interés social, de una decisión asamblearia que no retribuye al síndico, o no lo hace suficientemente, pues no circunscripto este interés al patrimonio de la sociedad, sino al buen funcionamiento del ente en todos sus aspectos[1153], mal podría exigirse al funcionario sindical el diligente desempeño de sus funciones, si no se lo remunera adecuadamente.

En definitiva, y atento a su carácter de órgano de la sociedad, mal puede el síndico ignorar una decisión asamblearia de la sociedad que fiscaliza; por lo cual, la demanda que promueva a los fines de obtener del juez una justa retribución, debe contener la necesaria impugnación de aquella, en el plazo establecido por el último párrafo del art. 251 de la ley societaria.

Diferente es el caso cuando la asamblea no determinó remuneración alguna, pues no parece que, en este caso, haya nada que impugnar. Ante este supuesto, lo procedente es la promoción por parte del funcionario sindical de una demanda judicial, reclamando jurisdiccionalmente la determinación y el cobro de sus honorarios. Así lo ha admitido la jurisprudencia, al resolver que la falta de decisión de la asamblea de accionistas habilita para reclamar su retribución por vía judicial, al haber quedado agotado debidamente la instancia orgánica pertinente[1154].

Aclarado ello, corresponde abocarse al segundo problema, esto es, a la determinación del fuero competente para entender en la determinación judicial de los mismos.

La jurisprudencia discrepa entre la competencia de los jueces civiles o de los comerciales en este tipo de reclamos.

En el primer sentido, se pronunció la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial[1155]en el caso "Diograzia Eduardo Félix c/ Trigo Hermanos SA s/ sumario", sosteniendo que la acción tendiente al cobro de los honorarios que le corresponden al actor por haberse desempeñado profesionalmente en calidad de síndico de la sociedad demandada, debe tramitar por ante la Justicia civil, pues independientemente de la función concreta que el profesional reclamante de sus honorarios ejerciera para su cliente y del mismo modo, cualquiera haya sido la forma jurídica de la persona para la cual brindó sus servicios, la naturaleza de la relación jurídica es la de un cliente que requiere los servicios de un profesional abogado, que se rige por lo dispuesto por el art. 43, inc. c) del decreto-ley 1285/1958, que dispone esa competencia para todas las reclamaciones contractuales entre los profesionales y sus clientes o la responsabilidad profesional de aquellos.

En el segundo sentido se pronuncia la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales, con base a dos argumentos: a) Se trata de una cuestión de índole societaria, en la cual rigen las disposiciones pertinentes del Código de Comercio y, consecuentemente, las cuestiones que con tal motivo se ventilen deben tramitar ante el fuero comercial[1156]; b) A ello no obsta la asignación de competencia al fuero civil (por entonces especial civil y comercial) atribuida por la ley 22.093 para entender en los litigios relativos a la locación de servicios, pues ello respondió a una división racional de trabajo entre jueces que tienen una especialización jurídica similar y obtener una adecuada racionalización del trabajo. Por ello, no se advierte óbice para que el Tribunal de Comercio entienda en la cuestión relativa a los honorarios del síndico de una sociedad anónima, atento a la conexidad subjetiva que tal pretensión presenta con la que es de índole comercial[1157].

Adherimos por nuestra parte a esta última argumentación, pero consideramos necesario efectuar la siguiente diferencia:

1. Si se trata de una acción judicial promovida por el síndico, ante una decisión asamblearia que resolviera no remunerarlo o hacerlo en forma insuficiente, la competencia de los jueces comerciales surge de lo dispuesto por el art. 251 de la ley 19.550 y 43 bis del decreto-ley 1285/1958, modificado por la ley 22.903, que asigna competencia a la Justicia comercial en los asuntos regidos por las leyes comerciales.

2. Si se trata de una acción autónoma destinada a la fijación de los honorarios de la sindicatura, ante la ausencia de acuerdo asambleario sobre la remuneración del mismo, la demanda deriva del contrato de sociedad, y la relación societaria entre los diferentes órganos de la misma predomina sobre la naturaleza propia del contrato que liga al funcionario sindical con el ente que fiscaliza.

§ 3. Prescripción de las acciones emergentes de la relación sindical con la sociedad

Durante la vigencia del texto original de la ley 19.550, la jurisprudencia era pacífica en sostener que la acción tendiente al cobro de honorarios de la sindicatura prescribe a los tres años desde el día del vencimiento de la obligación, pues ella deriva del contrato de sociedad, en los términos del art. 848 inc. 1º del Código de Comercio[1158]. Sin embargo, derogado este último cuerpo legal por la ley 26.994 y vigente el Código Civil y Comercial de la Nación, el plazo es ahora de cinco años, atento el plazo genérico previsto por el 2560 de dicho ordenamiento legal.

Como siempre sucede con la prescripción liberatoria, el problema se presenta cuando se trata de establecer el inicio del plazo de prescripción y al respecto entendemos que dicho plazo prescriptorio debe computarse desde que la asamblea de accionistas debió pronunciarse sobre los honorarios y esa oportunidad la determina el art. 234, inc. 2º de la ley 19.550, de manera tal que el término de cinco años debe ser calculado desde el acto asambleario que aprobó la documentación referida por el inc. 1º del mencionado artículo, sin hacer referencia a la remuneración del funcionario sindical.

Un problema interesante se presentó en el caso "López Mecatti Alberto c/ Sociedad Anónima Agrícola Ganadera, Inmobiliaria" y "Forestal Perhuel Sociedad Anónima s/ ordinario", enmarcado en un conflicto entre el primero, como síndico de la sociedad demandada y esta última, que mereció soluciones totalmente diferentes:

En una primera sentencia, dictada por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, de fecha 27 de mayo de 1994, se resolvió que no corresponde iniciar el cómputo del curso de la prescripción en la acción promovida por el síndico, por cobro de su remuneración, desde la designación del mismo, si tal nombramiento fue ignorado por su beneficiario.

Pero posteriormente, en otra causa entre las mismas partes, dictada por la sala D del mismo Tribunal, en fecha 7 de octubre de 1996, se resolvió desestimar la demanda interpuesta por el síndico societario con el fin de percibir sus honorarios, pues aún cuando este funcionario invocó que recién tomó conocimiento de su designación como tal luego de haber transcurrido cinco ejercicios de ese nombramiento, admitió expresamente que al enterarse de su designación, procedió a suscribir todas las actas correspondientes a dichos ejercicios. A juicio del tribunal y ante tal actuación, el síndico perdió el derecho de percibir su remuneración, dado que incumplió, durante ese largo período de tiempo, todos los demás deberes impuestos a dicho funcionario, por el art. 294 de la ley 19.550, sin que obste a ello el argumento empleado por el actor, en el sentido de que con o sin aceptación del cargo corresponde su retribución, dada la responsabilidad asumida frente a terceros, pues no es concebible la responsabilidad del síndico por actos unilaterales precedentes a la aceptación del cargo.

§ 4. Los honorarios del síndico en caso de remoción

La remoción del síndico no justifica necesariamente la pérdida del derecho a retribución, pues ello implicaría una segunda sanción, para cuya procedencia ella debe estar suficientemente fundamentada[1159], esto es, acreditada por la sociedad la ausencia de licitud en la actuación del síndico.

La sociedad puede retener sus honorarios, si conjuntamente con la separación de su cargo, se le ha promovido acción de responsabilidad.

§ 5. El caso "Camaly Alberto Jorge c/ Rotativos Venus San Juan Sociedad Anónima s/ sumario"

Es oportuno reseñar las características del caso "Camaly Alberto Jorge c/ Rotativos Venus San Juan Sociedad Anónima", por presentar muchos aspectos de interés en el tema que nos ocupa.

El actor, de profesión contador, desempeñaba en la sociedad demandada diversas tareas profesionales, entre las cuales se encontraba el ejercicio de la sindicatura, percibiendo de la compañía una remuneración única. Sin embargo, cuando se produjo su desvinculación de la firma, procedió a demandar judicialmente a la misma por cobro de los honorarios que le correspondían como síndico societario, alegando que la asamblea de accionistas nunca le había fijado sus honorarios por el desempeño de tal labor. Respondida la demanda, la sociedad invocó que la remuneración percibida por el accionante comprendía la totalidad de los trabajos realizados por la sociedad, incluidos los concernientes a su rol de síndico, invocando al respecto la aplicación al caso de la doctrina de los propios actos, pues aceptó durante largo tiempo la omisión de la asamblea en determinar su remuneración sindical y la consecuente aceptación a percibirlos.

Dictada la sentencia de segunda instancia, la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fecha 20 de marzo de 2000 dio la razón al actor, invocando como fundamento el hecho de que no es acertado sostener que los propios actos del síndico societario, que aceptó durante un largo tiempo la omisión de la asamblea de determinar sus honorarios como tal, constituyan un óbice a la acción de cobro de los mismos, porque el sujeto que no reclama lo que le es debido, queda sometido al curso de la prescripción, que le hace perder la acción para reclamar, pero no su derecho a la remuneración, mas no queda

impedido de reclamar por no haberlo hecho antes, pues la omisión al reclamo de honorarios no puede ser equiparada a una renuncia del derecho que luego se invoca.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por fallo del 30 de abril de 2002 dejó sin efecto ese pronunciamiento, otorgando virtualidad interpretativa del vínculo obligaciones a la conducta desarrollada por el síndico y la sociedad durante doce años, en los cuales aquel cumplió la labor sindical sin exigir a la asamblea la fijación de una retribución discriminada por esas tareas. Ante la decisión de la Corte Suprema de Justicia de dictar un nuevo fallo, el 13 de diciembre de 2003 se pronunció la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que le dio la razón a la sociedad. Sostuvo este tribunal que dado que la tarea del síndico es una actividad onerosa, tal como lo dispone el art. 292 de la ley 19.550, cabe concluir que, al haber aceptado el actor durante un dilatado período de tiempo una determinada suma como remuneración por diversas tareas, sin reclamar otra retribución diferente por su labor como síndico y sin cuestionar que la asamblea no fijase tal retribución, deben forzosamente concluirse que, tanto el accionante como la sociedad demandada entendieron que la remuneración por aquel percibida comprendía la totalidad de los trabajos realizados para la sociedad, incluidos los concernientes a su rol de síndico. Es en definitiva —concluyó el tribunal de alzada— la propia conducta de las partes, por ese largo período de tiempo, lo que lleva de antemano la antedicha solución, en armonía con lo dispuesto por el entonces vigente art. 218 inc. 4º del Código de Comercio.

La doctrina judicial sentado en ese fallo no es acertada, pues implica convalidar una actuación encuadrada dentro del concepto de la nulidad absoluta, como es la adopción por un órgano societario de una determinada decisión que corresponde ser adoptada por otro órgano, siendo doctrina y jurisprudencia unánime de nuestros tribunales que la invasión por un órgano societario en las competencias otorgadas por la ley 19.550 a otro órgano de esa misma sociedad, provoca una nulidad de esas características.

Art. 293.—

Indelegabilidad. El cargo de síndico es personal e indelegable.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 266, 296. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 120. LSC Uruguay: art. 408.

§ 1. Carácter personal e indelegable del cargo

La ley 19.550, al igual que en el art. 266 —norma aplicable a los directores— prescribe expresamente el carácter personal e indelegable del cargo, lo cual resulta compatible con los requisitos de idoneidad y con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido por los arts. 285 y 286 de la ley societaria.

La existencia de la indelegabilidad apunta, como se ha visto anteriormente, a impedir la actuación de un síndico a través de un mandatario, lo cual está obviamente reñido con la intención del legislador. El carácter personal en el cargo está dirigido por su parte a reafirmar la responsabilidad individual del síndico por los actos realizados en el cumplimiento de la gestión encomendada por disposiciones legales y estatutarias.

La violación de la norma en análisis autoriza la inmediata remoción del síndico que ha delegado sus funciones, sin perjuicio de su responsabilidad, en forma directa por los actos realizados por su mandatario.

Art. 294.—

Atribuciones y deberes. Son atribuciones y deberes del síndico, sin perjuicio de los demás que esta ley determina y los que le confiera el estatuto:

1) Fiscalizar la administración de la sociedad, a cuyo efecto examinará los libros y documentación siempre que lo juzgue conveniente y, por lo menos, una vez cada 3 meses;

2) Verificar en igual forma y periodicidad las disponibilidades y títulos valores, así como las obligaciones y su cumplimiento; igualmente puede solicitar la confección de balances de comprobación;

3) Asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones del directorio, del comité ejecutivo y de la asamblea, a todas las cuales debe ser citado;

4) Controlar la constitución y subsistencia de la garantía de los directores y recabar las medidas necesarias para corregir cualquier irregularidad;

5) Presentar a la asamblea ordinaria un informe escrito y fundado sobre la situación económica y financiera de la sociedad, dictaminando sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultados;

6) Suministrar a accionistas que representen no menos del 2% del capital, en cualquier momento que estos se lo requieran, información sobre las materias que son de su competencia;

7) Convocar a asamblea extraordinaria, cuando lo juzgue necesario, y a asamblea ordinaria o asambleas especiales, cuando omitiere hacerlo el directorio;

8) Hacer incluir en el orden del día de la asamblea los puntos que considere procedentes;

9) Vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias;

10) Fiscalizar la liquidación de la sociedad;

11) Investigar las denuncias que le formulen por escrito accionistas que representen no menos del 2% del capital, mencionarlas en informe verbal a la asamblea y expresar acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que correspondan. Convocará de inmediato a asamblea para que resuelva al respecto, cuando la situación investigada no reciba del directorio el tratamiento que conceptúe adecuado y juzgue necesario actuar con urgencia.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 55, 101 a 112, 236, 246, 251, 258, 265, 297, 299, 305. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 120. LSC Uruguay: art. 402.

§ 1. Funciones de la sindicatura

La ley 19.550 enumera, en su art. 294 y a través de once incisos, las atribuciones y deberes a cargo de la sindicatura, enumeración que debe complementarse con otras disposiciones de ese cuerpo legal, sin perjuicio de las expresamente concebidas por los estatutos, que no resulten incompatibles con la naturaleza de las funciones a su cargo.

Debe tenerse en cuenta que las atribuciones que el art. 294 de la ley 19.550 impone a la sindicatura, no son facultades o prerrogativas discrecionales, sino que constituyen conductas que le son impuestas obligatoriamente, y de ahí que su omisión genera su remoción y, eventualmente, la promoción de las acciones de responsabilidad, en los supuestos previstos por los arts. 296 y 297 de la ley 19.550.

§ 2. Fiscalización de la administración de la sociedad

El inc. 1º del art. 294 de la ley 19.550 impone en su comienzo, la obligación genérica de fiscalizar la administración de la sociedad a través del control de legalidad, que le ha sido concedido, con los alcances ya señalados oportunamente.

En cumplimiento de esa función se encuentra facultado para examinar libremente los libros y documentos de la sociedad, siempre que lo juzgue conveniente, obligaciones a las cuales el directorio no puede poner reparos de ninguna índole.

El control resulta indispensable para obtener una información exacta sobre las operaciones realizadas, del activo y del pasivo, de la regularidad con que se lleven los libros de comercio y del sistema de contabilidad(1160).

El examen de los actos de la administración realizados conforme a las pautas indicadas por este artículo se efectuará lógicamente a través de una compulsa de los libros de comercio y de la documentación respaldatoria, así como del funcionamiento de la sociedad, lo cual implica para la sindicatura la obligación de extremar su celo, exigiendo riguroso, entre otras muchas cosas, el estricto cumplimiento por los directores de las disposiciones de los arts. 325 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación —antes arts. 43 y ss. del derogado Código de Comercio—, que prescriben los requisitos de forma y fondo que una contabilidad regular debe sin duda observar y que constituye ésta una de las obligaciones más importantes que el ordenamiento mercantil pone en cabeza del directorio en las sociedades anónimas o de los administradores en los restantes tipos societarios.

El síndico debe pues adoptar los recaudos legales correspondientes cuando esos requisitos no son minuciosamente observados, pues no puede ignorarse la importancia que el legislador ha atribuido a los libros de comercio, como único medio idóneo para reconstruir el giro económico y patrimonial de la sociedad, y analizar sus perspectivas futuras, que redundarán en beneficio de la sociedad.

La omisión en el cumplimiento de esa prescripción, sin perjuicio de su remoción, los hace solidarios e ilimitadamente responsables por los daños ocasionados (art. 296 LGS).

La circunstancia de que el inc. 1º del art. 294 de la ley 19.550 se refiere a la fiscalización de la administración de la sociedad no descarta el control que la sindicatura debe ejercer sobre el órgano de gobierno de la sociedad, comprensivo de la regularidad formal de la celebración de las asambleas y de la adecuación de las decisiones adoptadas a la ley, el estatuto y el reglamento, las

cuales podrán ser impugnadas de nulidad por este funcionario, como lo autoriza expresamente el art. 251 de la ley 19.550.

§ 3. Verificación de disponibilidades, títulos valores y obligaciones. Balances de comprobación

Esta obligación está íntimamente vinculada con la señalada en el párrafo anterior, pues únicamente se podrá llevar a cabo esta labor a través del examen de la contabilidad prevista por el art. 294, inc. 10 de la ley 19.550. Su reiteración no se estima innecesaria, pues autoriza expresamente al síndico para efectuar arqueos de caja y revisar la cartera de deudores, merituando la ejecutabilidad de los créditos, estimación que le será de suma utilidad a los fines de cumplir con la obligación que le impone el inc. 5º del artículo en análisis.

La verificación del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad se refiere a la necesidad de fiscalizar que aquellas se cumplan en término, evitando, en la medida de lo posible, el pago de intereses y otros recargos que incidirán en el correspondiente balance de ejercicio.

El control de las disponibilidades y obligaciones a cargo de la sociedad en el término y forma establecidos, le permitirá a la sindicatura analizar y evaluar la diligencia e idoneidad de los administradores, informando de ello a los accionistas en oportunidad de celebrarse la asamblea ordinaria a que se refiere el art. 234, inc. 1º, aunque con sujeción a las formalidades prescriptas por el art. 67 de la ley en análisis.

Lo expuesto descarta, como se ha señalado, el pretendido control de mérito que algunos autores han deducido del inciso en análisis, pues la verificación se refiere al cumplimiento de las obligaciones contraídas por la sociedad y no a los negocios que le dieran origen, sobre los cuales la sindicatura no tiene injerencia alguna.

§ 4. Asistencia a reuniones de directorio, comité ejecutivo y asambleas, con voz y sin voto

La presencia de la sindicatura en las reuniones de los órganos de gobierno y administración de la sociedad tiende a garantizar a los accionistas el cumplimiento de las disposiciones legales, estatutarias y reglamentarias,

impidiendo, con oportuna e intempestiva intervención, la adopción de resoluciones que pueden de cualquier modo causar daño a la sociedad.

Obsérvese que la ley 19.550 impone la necesaria notificación a los síndicos de las reuniones de directorios y asambleas que se celebran.

La jurisprudencia ha enfatizado la necesidad de que la sociedad permita la asistencia del síndico a todas las reuniones de sus órganos, estableciendo que el art. 294 inc. 3º de la ley 19.550 tiene su correlato en lo dispuesto por el art. 297 del mismo ordenamiento legal, que tiende a que la sindicatura conozca las resoluciones administrativas y los negocios sociales, de manera que pueda asumir su responsabilidad solidaria con los directores por los hechos u omisiones de éstos, pues la ley 19.550, en su art. 294, enumera atribuciones y no facultades, esto es, que no depende del síndico su ejercicio, sino que está obligado a ejercerlos(1161).

Algunos autores, comentando este inciso, han considerado que si bien dicha notificación resulta imprescindible para las reuniones de directorio, ello no resulta necesario para su asistencia a las asambleas, con excepción de las asambleas unánimes, pues la publicación de edictos, sumada a la circunstancia de que es en el seno de las reuniones del directorio donde se resuelven las convocatorias a asamblea, tornan innecesaria la citación a esta(1162). La opinión carece de sólidos fundamentos, pues no puede asimilarse al accionista, quien puede o no concurrir a una asamblea de accionistas, según su conveniencia, con la del funcionario sindical, que concurrirá a la asamblea para ejercer el control de legalidad de lo que allí suceda y se resuelva, pues en el cabal cumplimiento de esta obligación está comprometido el interés social. De modo que hacer depender al ejercicio del control de legalidad a la circunstancia de que el síndico deba leer los edictos, constituye una gravísima equivocación en torno a la naturaleza de las funciones que la ley 19.550 le otorga al síndico, quien debe ser citado por el directorio a todos los actos de los órganos colegiados, para así cumplir su cometido.

Sin embargo, deben distinguirse dos supuestos distintos, por las diferentes consecuencias que de ellos se derivan: la falta de citación a la sindicatura por el directorio es causal de impugnación del acto asambleario (art. 251 de la ley 19.550), pero la ausencia de ésta existiendo válida notificación no afecta la validez del acto asambleario, sino que incide en su responsabilidad(1163)y justifica su remoción.

La disposición en análisis se complementa con el art. 236, párr. 1º, en cuanto lo faculta para convocar a asambleas en los casos previstos por la ley o cuando lo juzgue necesario, y también el art. 251, que lo legitima activamente para impugnar de nulidad una decisión asamblearia violatoria de la ley, estatuto o reglamento.

§ 5. Control de constitución y subsistencia de la garantía de los directores

Esta obligación, mientras subsistía el sistema de la constitución de irrisorias garantías prestadas por los directores, cuyo absurdo monto figuraba en el estatuto —eran casi uniformes las garantías de cien pesos por cada director— era directamente letra muerta, pues a nadie le interesaba que el órgano sindical controlara el cumplimiento del requisito previsto por el art. 256 de la ley 19.550, cuando la garantía prevista en dicha norma no cumplía con las funciones previstas por el legislador, que no era otra cosa que, de alguna manera, asegurar el resultado de una eventual acción social de responsabilidad contra los directores que no actuaron conforme a los parámetros previstos por los arts. 59 y 274 de la ley 19.550.

La Inspección General de Justicia puso fin a esa ilegítima práctica, que durante muchos años permitió la designación de insolventes en el directorio, a los que se recurrió para permitir la realización de maniobras de insolventación, vaciamiento y trasvasamiento por parte de los verdaderos dueños de la empresa, estableciendo un régimen de garantías adecuado a la intención que tuvieron los legisladores de 1972 cuando establecieron ese requisito imprescindible para asumir el cargo de director en las sociedades anónimas o gerentes en las sociedades de responsabilidad limitada.

Precisamente, el texto de los arts. 76 de la resolución general 7/2015 ha vuelto a tornar operativa la garantía prevista por el art. 256 segundo párrafo de la ley 19.550, así como la obligación de la sindicatura prevista por el art. 294 inc. 4º de dicho ordenamiento legal.

De manera tal que la función atribuida a la sindicatura por el inc. 4º del art. 294 puede resultar actualmente de sumo interés para la sociedad y los accionistas, cuando el monto de aquella sea de importancia en aras de la responsabilidad de los directores y su efectivización en los términos de los arts. 274 a 279 de la ley 19.550, respondiendo los síndicos en forma personal en caso de que las garantías no estén debidamente integradas.

§ 6. Presentación a la asamblea ordinaria de un informe escrito y fundado sobre la situación económica y financiera de la sociedad, dictaminando sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultados

La presentación a la asamblea ordinaria del informe previsto por el art. 294, inc. 5º de la ley 19.550, es quizás una de las funciones de mayor trascendencia que la ley ha puesto en manos de la sindicatura, pues se brinda a los accionistas una opinión desinteresada e imparcial sobre la gestión empresaria.

En su informe, que debe ser "escrito y fundado", el funcionario sindical debe dictaminar sobre la memoria, el inventario, el balances, los estados de resultados y demás documentos que integran los estados contables, pues en las sociedades en donde el control interno de su administración ha sido encargado a una sindicatura, solo el cabal cumplimiento de esta obligación puede reemplazar al control individual del accionista, impedido de establecer por sí mismo la sinceridad de las cifras registradas en los estados contables que han sido confeccionados, precisamente, por el órgano de administración. Por ello, la intención del legislador ha sido asegurar que alguien asuma la responsabilidad de asegurar la veracidad de las cifras agrupadas en los ítems del balance(1164).

La presentación del informe aludido por el inc. 5º del art. 294 de la ley 19.550 debe hacerse a la "asamblea ordinaria", esto es, a la misma asamblea donde se considerarán los estados contables anuales de la sociedad, juntamente con otros temas íntimamente vinculados con esos documentos: la gestión de los directores, su remuneración y la política de utilidades. Ese informe debe estar a disposición de los socios o accionistas, junto con los demás capítulos de los estados contables, con quince días de anticipación a la asamblea que los considerará y eventualmente aprobará, de conformidad con lo prescripto por el art. 67 de la ley 19.550.

Huelga señalar que el informe de la sindicatura no debe ser aprobado por el directorio, a diferencia de los demás documentos prescriptos por el inc. 1º del art. 234 de la ley 19.550 (memoria, balance general, estado de resultados, estado de evolución del patrimonio neto, cuadros e información complementaria) pues se trata de instrumentos cuya preparación se encuentra en manos de órganos diferentes. Precisamente, el hecho de que el informe sobre los estados contables de la sociedad a que se refiere el art. 294 inc. 5º de la ley 19.550 debe ser presentado por la sindicatura, constituye la mejor garantía de su confiabilidad.

Aclarado ello, debe señalarse que el cumplimiento de la obligación prevista por el art. 294 inc. 5º de la ley 19.550 se verá facilitado a través del examen trimestral de la contabilidad, de las disponibilidades y de los títulos-valores, como lo mandan los incisos primero y segundo del artículo que se comenta.

El informe de la sindicatura debe incluir necesariamente consideraciones sobre la memoria, dictaminando sobre todos los puntos que deben ser contemplados en ella, como así también sobre las perspectivas futuras de la sociedad, sobre el pago de dividendos a los accionistas en otra forma que en efectivo, y sobre las razones que el directorio ha esgrimido a fines de la constitución de reservas libres.

Sus apreciaciones serán en esos puntos de indudable valor, pues no siempre estos responden a reales necesidades de la empresa.

Finalmente, debe recordarse que el informe de la sindicatura no puede ser reemplazado por el dictamen del contador certificante o auditor de los mismos, ni puede el síndico revestir tales funciones, suscribiendo los estados contables en ese doble carácter. Me remito a lo expuesto al comentar el art. 286 de la ley en análisis.

§ 7. Suministro de información directa a accionistas con más del dos por ciento del capital social

Hasta la sanción de la ley 22.903, el ordenamiento societario no preveía la posibilidad del accionista de obtener información directa de los administradores sobre la marcha de los negocios sociales o el control sobre los libros de la sociedad anónima, y solo autorizaba, frente a la necesidad concreta de obtener información sobre determinados aspectos de la marcha de la sociedad, a requerir la misma a la sindicatura, siempre y cuando la proporción accionaria del requirente superase el dos por ciento del capital social.

El fundamento del art. 294, inc. 6º de la ley 19.550 se fundaba en la inconveniencia de autorizar el control directo de los accionistas sobre los libros de la sociedad o de requerir informaciones a los directores, pues ello podría perjudicar la normal administración de la sociedad, si ella debía ocuparse permanentemente de satisfacer las inquietudes informativas de los socios.

El legislador partía de la base de que la sociedad anónima era instrumento reservado para la concentración de capitales, que necesariamente debía traducirse en la existencia de un gran número de socios. Pero la realidad se ocupó de destruir esa premisa y demostrar que, en la mayoría de los casos, las sociedades anónimas son integradas por un escasísimo número de socios. Frente a este estado de cosas, nada justificaba reemplazar el control directo sobre la administración de la sociedad, previsto por el art. 55, para todos los restantes tipos societarios, por la intervención del órgano de control como dadora de esa información, y por ello, la ley 22.903, con un evidente criterio de realidad, reformó la ley 19.550 en tal sentido, y al autorizar expresamente la prescindencia de la sindicatura como órgano de control, con excepción de las sociedades incluidas en el art. 299, permite a los accionistas ejercer su derecho de información a través del procedimiento previsto por el citado art. 55 de la ley 19.550.

Ello constituyó un gran adelanto para el ejercicio del derecho de información, pero no fue suficiente, pues para aquellas sociedades que optan por contar con una sindicatura, se mantiene vigente el régimen original previsto por el inc. 6º del art. 294, que exige a los accionistas que requieren noticias a la sindicatura sobre determinadas actuaciones sociales, contar como mínimo con el dos por ciento del capital social, límite que no encuentra ninguna explicación que los fundamente, pues nada justifica suprimir un derecho tan elemental como es el

de información, para quien no reúne un determinado porcentaje accionario, por más mínimo que sea. Tampoco es admisible que quien administra un patrimonio ajeno, como lo son los directores de las sociedades anónimas, puedan ser liberados de informar sobre su gestión por no resultar suficiente la participación accionaria de quien solicita tal información. La enorme trascendencia que reviste el derecho de información impide toda discriminación en torno a su ejercicio, resultando inadmisible que un integrante de una sociedad mercantil pueda carecer de ese tan elemental derecho.

Sin perjuicio de ello, debe destacarse que el derecho de información regulado por el art. 294 inc. 6º en análisis no rige cuando ese derecho es ejercido dentro del seno de una asamblea de accionistas, pues en tal caso son los directores los que deben suministrar los informes, sin aplicarse tampoco en este ámbito el límite accionario previsto por aquella norma.

Tampoco ha sido claro el legislador cuando ha limitado el suministro de información por parte del síndico, a "las materias que son de su competencia", lo cual constituye una expresión sumamente equívoca que puede llevar a restringir el derecho de información, si se compara la redacción del inciso en análisis con la fórmula amplia utilizada por el art. 55 de la ley 19.550. Resulta evidente sostener que ese derecho puede ser utilizado para conocer todos y cada uno de los actos del directorio, pues de lo contrario, ese derecho carecería de toda utilidad.

Aclarado ello, corresponde señalar que, si bien la información puede ser solicitada por los accionistas al órgano de control en cualquier momento que lo requieran, ese derecho no puede ser ejercido abusivamente (art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación), ni tampoco puede serle exigido a la sindicatura el suministro de esa información en plazos exiguos ni desproporcionados con la extensión de los informes solicitados.

La ley 19.550 nada ha aclarado sobre el procedimiento que debe seguirse para el ejercicio del derecho de que se trata, ni tampoco ha previsto la forma de obtener la información cuando el síndico omita suministrarla, aspectos estos que han sido aclarados por la jurisprudencia, en esclarecedores fallos.

Precisamente, el primero de los aspectos no aclarados está referido al plazo con que cuenta la sindicatura para responder a los informes solicitados que, si bien dependerá de la naturaleza, complejidad y cantidad de los actos requeridos, debió haberse fijado un término concreto para evitar dilaciones y contestaciones extemporáneas. Ello no ha pasado desapercibido para nuestros tribunales, los que en reiteradas ocasiones han señalado los inconvenientes que ofrece la fijación de pautas precisas al deber de información de la sindicatura, que deben conciliarse por un lado con el derecho de los accionistas de obtener las informaciones necesarias sobre la gestión empresaria, y por el otro con las múltiples funciones que la ley les ha atribuido a los integrantes del órgano de control.

Por otro lado, el art. 294, inc. 6º de la ley 19.550 tampoco aclara el procedimiento que deben seguir los accionistas en el supuesto de que la sindicatura no cumpla

con su obligación de informar, omisión tanto más lamentable si se tiene en cuenta que su eventual responsabilidad, en los términos del art. 298, nada soluciona en forma inmediata, cuando el conocimiento de la información requerida resulta imprescindible para los accionistas.

La jurisprudencia, teniendo en cuenta esa omisión, se ha pronunciado en un sentido amplio sobre el tema en análisis, mereciendo destacarse el fallo pronunciado por la sala C de la Cámara Comercial en fecha 16 de agosto de 1978 en los autos "Sánchez Herreros, José c/ Apeles Márquez", en el cual se estableció la procedencia de obtener judicialmente de la sindicatura la información requerida en los términos del art. 294, inc. 6º de la ley 19.550, cuando aquella hubiera incumplido previamente la obligación, y ello se explica por cuanto el derecho de la minoría, abierta a los socios que representan el dos por ciento del capital, podría ser enervado en la práctica, ya que frente al incumplimiento de la sindicatura solo se tendría legitimación para provocar la convocatoria a asamblea cuando tal minoría represente el cinco por ciento del capital social, salvo que el estatuto fijase una representación menor.

En el mismo sentido, se sostuvo en el caso "Madanes Mónica c/ Eguivar Luis Antonio y otros s/ diligencia preliminar", dictado por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en fecha 14 de agosto de 2000, que si la ley de sociedades comerciales impone a la sindicatura el deber de suministrar a los accionistas que representen no menos del dos por ciento del capital social, en cualquier momento que lo requieran, información sobre la materia de su competencia (art. 294 inc. 6º de la ley 19.550), no es dable sostener que si un accionista invoca el incumplimiento de tal obligación, no pueda obtener del órgano jurisdiccional una decisión sobre la exigibilidad de tal deber, independientemente de la responsabilidad en que pueda haber incurrido la sindicatura, y dentro de ese marco, resulta conveniente que esta última sea oída con carácter previo para que el tribunal pueda formar convicción acerca de la procedencia del pedido de información.

Completando este panorama, ante el silencio de la ley en torno a las consecuencias del incumplimiento por la sindicatura de su obligación de informar, la sala B de ese Tribunal, en autos "Massa Hugo J. c/ Bellaplast Argentina Sociedad Anónima", de fecha 14 de septiembre de 1981, con idéntica filosofía, dio un paso más allá a la solución consagrada en aquel fallo, y frente al silencio de la sindicatura que no suministró judicialmente los informes requeridos, declaró procedente la designación de un perito contador, para que, teniendo a la vista la documentación necesaria, proporcione la información a la que el accionista tenga derecho. Este es el primero y único antecedente que registra nuestra jurisprudencia en materia de intervención judicial del órgano interno de control.

Debe destacarse que en uno y otro fallo el Tribunal desestimó las oposiciones del órgano de administración de la sociedad, argumentando acertadamente que este no puede impedir el cumplimiento de un deber legal cuya responsabilidad recae sobre otro órgano del ente societario.

§ 8. Convocar a asamblea extraordinaria cuando lo juzgue necesario y a asamblea ordinaria o asambleas especiales cuando omitiere hacerlo el directorio

Si bien esta norma consagra una de las funciones más importantes de la sindicatura, al brindarle la posibilidad de hacer conocer a los accionistas cualquier aspecto de la gestión social sobre el cual el órgano de gobierno puede adoptar determinadas y concretas decisiones, existe una evidente contradicción entre lo dispuesto por el inc. 7º del art. 294 con el principio general que en materia de convocatoria a asambleas consagra el art. 236 de la ley societaria.

Este último precepto establece que: "Las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio o el síndico en los casos previstos por la ley, o cuando cualquiera de ellos lo juzgue necesario o cuando sean requeridas por accionistas que representen por lo menos el 5 % del capital social (...)", mientras que el art. 294, inc. 7º, si bien autoriza al síndico a convocar directamente a la asamblea extraordinaria, "cuando lo juzgue necesario", debe previamente intimar al directorio para hacerlo cuando se trata de asambleas ordinarias o especiales.

Ambas normas resultan incompatibles, resultando estériles todos los esfuerzos que la doctrina ha efectuado para compatibilizarlas[1165]y parece conclusión necesaria pronunciarnos por la supremacía del principio general previsto por el art. 236, que por otro lado está ratificado por el art. 281, inc. b), referido al consejo de vigilancia, que no discrimina entre los diversos tipos de asambleas, sin que nada justifique diferenciar las atribuciones que en esta materia puedan existir entre uno y otro órgano de control.

El deber de ejercer el control de legalidad sobre toda actuación societaria que pesa sobre la sindicatura (art. 294, inc. 9º) solo puede ser cumplido eficazmente en la medida en que este órgano pueda contar con los caminos más directos para evitar que la ilegítima conducta de los restantes órganos sociales puedan ocasionar perjuicios concretos a la sociedad y en tal sentido, la posibilidad de convocar a los accionistas para adoptar las decisiones correspondientes debe ser una vía a la cual no debe someterse ningún requisito previo.

Así pareció entenderlo la ley 19.550 con relación a las asambleas extraordinarias, pero, con respecto a las ordinarias o especiales, subordina su actuación a una actividad omisiva del directorio, cuando por el contrario, es el propio art. 234 inc. 1º (referido precisamente a la competencia de las asambleas ordinarias) la que establece la injerencia de la misma para resolver sobre toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le competa resolver conforme a la ley, estatuto, o que sea sometida a su decisión por el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos.

Con otras palabras, la actuación de la sindicatura frente a determinadas inconductas de los directores encuentra su obligatorio camino en la convocatoria a asamblea ordinaria para que los accionistas tomen conocimiento de lo acontecido o resuelvan, en consecuencia, ya sea la remoción de los administradores o la instrucción para que actúen en sentido diverso. Subordinar esa vía a la previa inacción del directorio, que por lo general no tendrá interés alguno en convocar a los accionistas, impone un requisito que solo dilatará la adopción de acuerdos sociales necesarios para poner fin a una actuación desviada.

Si a ello se le agrega que, como bien lo sostiene Halperin[1166], que salvar las omisiones del directorio en la convocatoria oportuna es cumplir activamente el control de legalidad que a la sindicatura le ha sido confiada, no hay argumentos de suficiente peso para justificar la diferencia que el art. 294, inc. 7º, efectúa en cuanto al deber de la sindicatura, de convocar a asambleas extraordinarias u ordinarias.

Debe finalmente tenerse en cuenta que la ley ha previsto determinados supuestos en los cuales la sindicatura debe prescindir de la intimación al directorio para la convocatoria a asamblea ordinaria, como sucede en los casos previstos por los arts. 265 y 294, inc. 10 de la ley en análisis.

§ 9. Hacer incluir en el orden del día los puntos que considera procedentes

Esta obligación se encuentra íntimamente relacionada con lo prescripto en el inciso anterior, aunque referida no ya a la falta de convocatoria oportuna del directorio a asamblea de accionistas, sino a complementarla, cuando el órgano de administración omitiera incluir en la misma un punto en el orden del día, que la sindicatura estimara de imprescindible tratamiento.

Si el directorio hiciere caso omiso a un pedido de tal naturaleza, el síndico podrá convocar una asamblea ad hoc para su tratamiento[1167].

Ante esta disposición legal puede plantearse si el directorio, notificado de la solicitud de la sindicatura, debe necesariamente incluir ese punto para su tratamiento en la asamblea o si, por el contrario, puede rechazarlo cuando lo juzgue infundado. La redacción del art. 294, inc. 8º, no deja lugar a dudas y la expresión "hacer incluir" descarta su examen por el órgano de administración, y será la asamblea de accionistas quien rechazará en su caso la moción propuesta, previa consideración de la misma, conservando el síndico las acciones que el art. 251 le acuerda contra una decisión asamblearia viciada de nulidad.

§ 10. Vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias

Este inciso resume de manera clara y categórica la función de la sindicatura en las sociedades por acciones, constituyendo el principio general que caracteriza su actuación, siendo los restantes incisos del art. 294, meros instrumentos con los cuales el funcionario concursal debe cumplir con este principio.

El cumplimiento de esta obligación por parte del funcionario social no se agota con el solo control extrínseco de los actos societarios, sino que constituye el mejor sistema para evitar la concreción de daños a la sociedad y frustrar actuaciones de los integrantes de los órganos sociales inspirados en fines extrasocietarios o contrarios al interés social.

En otras palabras, el deber de fiscalización del órgano de control societario no se limita a conocer y hacer saber, eventualmente, a los órganos sociales —ya sea en el seno del directorio o de la asamblea de accionistas— la infracción por un acuerdo social de la normativa vigente, sino que obliga a actuar al síndico en forma concreta, ya sea impugnando judicialmente esas actuaciones de los órganos colegiados o requiriendo la opinión de los accionistas, convocándolos a asamblea general o especial, según el caso, cuando la violación de la ley, estatuto o reglamento, proviniera de una actuación del directorio. A ello se refiere el art. 297 de la ley 19.550, cuando responsabiliza en forma solidaria e ilimitadamente a los síndicos y directores por los hechos u omisiones de estos cuando el daño a la sociedad no se hubiera producido si hubiesen ellos actuado de conformidad con las obligaciones a su cargo.

§ 11. Fiscalización de la liquidación de la sociedad

La importancia del art. 294, inc. 10 de la ley 19.550 no hace más que trasladar la actuación de la sindicatura a la etapa liquidatoria de la sociedad, que constituye el período más delicado de la vida del ente, en el sentido de que es en esta etapa donde se pondrá fin a las relaciones jurídicas existentes con terceros, y se distribuirán los bienes sociales remanentes entre los accionistas de la sociedad.

Es por ello que la ley 19.550 le ha otorgado a los síndicos, durante este período, facultades extraordinarias como la prevista por el art. 102, que lo autoriza a exigir la remoción judicial del liquidador mediando justa causa, o a requerir del

liquidador o liquidadores los informes previstos por el art. 104 sobre la marcha de la liquidación a los efectos de ejercer sobre los mismos el control de legalidad, y actuar en defensa de la sociedad en caso contrario.

Sin embargo, la obligación que le impone a la sindicatura el art. 102 de la ley 19.550, de exigir la remoción judicial del o los liquidadores, no permite soslayar el agotamiento previo de los recursos previstos por el contrato social, convocando a asamblea extraordinaria de accionistas en forma inmediata, en los términos del art. 235, inc. 4º, para lo cual, y sobre esto no cabe duda alguna, no debe requerirla previamente al órgano de liquidación (art. 294, inc. 7º).

§ 12. Investigación de denuncias efectuada por los accionistas

Nuevamente debe cuestionarse el discutible criterio del legislador al subordinar la formulación de denuncias sobre la actuación del directorio a la tenencia de un determinado capital accionario (2%), lo cual resulta inadmisible, en el sentido de que ello implica restringir injustificadamente los derechos de determinados socios, que se encontrarían vedados, como consecuencia de esa arbitraria limitación, de su derecho a información o a exigir la adecuación de la actuación de los administradores a los parámetros previstos por la ley, estatuto o reglamento.

Por otra parte, este inciso incurre en una contradicción evidente, pues por un lado autoriza a los accionistas a formular denuncias a la sindicatura solo cuando sean titulares del dos por ciento del capital social, y por otro no los autoriza a exigir la convocatoria judicial a asamblea cuando no alcancen el cinco por ciento de su capital (art. 236) y no reciban de la sindicatura el tratamiento que el inc. 10 del art. 294 le impone a dicho órgano frente a la formulación de denuncias.

El análisis del presente inciso obliga a los siguientes comentarios:

a) Las denuncias efectuadas por los accionistas deben ser formuladas por escrito, con una clara descripción de los hechos en que se funda la misma.

b) El síndico no puede rechazar sin fundamento las denuncias de los accionistas, sino que debe proceder de inmediato a investigar las mismas, dando noticia de ellas al directorio.

c) El anoticiamiento que la sindicatura debe efectuar al directorio sobre las denuncias recibidas de los accionistas, no lo libera de realizar, por su cuenta, todas las investigaciones del caso, revisando la documentación social y recabando de los directores las informaciones necesarias.

d) El directorio deberá proceder a investigar los hechos que constituyen el fundamento de la denuncia y expedirse sobre la misma, con la debida celeridad.

e) De no recibir por el directorio el "tratamiento adecuado", deberá el síndico convocar, en forma inmediata, cuando las circunstancias del caso le impongan actuar con urgencia, a una asamblea general ordinaria de accionistas, en los términos del art. 234, inc. 1º in fine de la ley 19.550, en la cual deberá informar verbalmente sobre las denuncias recibidas y expresar, acerca de ellas, las consideraciones y proposiciones que correspondan.

Si las denuncias efectuadas por los accionistas no impusieran una actuación inmediata, el síndico no estará obligado a convocar a asamblea de accionistas, sino simplemente a investigarlas. En tal caso, el informe de la sindicatura sobre las mismas debe ser efectuada en la próxima asamblea que se celebre y expresar sobre ellas las consideraciones que a su juicio han merecido.

§ 13. Otras funciones de la sindicatura

13.1. Legitimación de la sindicatura para solicitar la intervención judicial

A diferencia de lo dispuesto por el art. 113 de la ley 19.550 que no autoriza a la sindicatura a solicitar la intervención judicial, consideramos que una interpretación armónica del ordenamiento societario, efectuada a partir de la importancia del control de legalidad que sobre los órganos y actuaciones societarias tiene a cargo dicho funcionario, impone llegar a una solución contraria. Me remito a lo expuesto en esta misma obra, al comentar el art. 113 de la ley en análisis.

13.2. Legitimación de la sindicatura para exigir la intervención de la autoridad de control

Esta facultad está consagrada por los arts. 301 y 305 de la ley 19.550, que autorizan, aunque en diferentes alcances, en uno y otro caso.

a) En el primer supuesto, el art. 301 faculta a solicitar a la autoridad administrativa de control el ejercicio de sus funciones de vigilancia, con respecto a los hechos que denuncie el síndico en presentación. Lógico es suponerlo, el ejercicio de esta facultad requiere la existencia de motivos graves que justifiquen la intervención estatal, la cual tendrá en sus manos las facultades encomendadas por los arts. 302 y 303, en el supuesto de resultar aquella necesaria. Sin embargo, debe señalarse que la misma ley restringe la actuación de la autoridad de control a los hechos que funden la presentación (art. 301, inc. 1º). El síndico responderá, en los términos y alcances previstos por el art. 297,

cuando la intervención estatal causare perjuicios a la sociedad, si aquella hubiera sido solicitada sin derecho.

b) En segundo término, el síndico debe, de conformidad al art. 305, solicitar la intervención estatal permanente, cuando tomare conocimiento de la inclusión de la sociedad en alguno de los incisos del art. 299 de la ley societaria. Esta obligación es impuesta por el legislador tanto al directorio como a la sindicatura, de los cual se desprende que la ley no requiere la inactividad del órgano de administración para habilitar la actuación del síndico a tales efectos. El art. 305, siguiendo las pautas del art. 297, sanciona a ambos órganos en forma solidaria e ilimitada por el incumplimiento de esta obligación legal.

Art. 295.—

Extensión de sus funciones a ejercicios anteriores. Los derechos de información e investigación administrativa del síndico incluyen los ejercicios económicos anteriores a su elección.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 294. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 120. LSC Uruguay: art. 404.

§ 1. Extensión de funciones a ejercicios anteriores

El art. 295 de la ley societaria establece un principio general, mediante el cual impone a los síndicos brindar información e investigar administrativamente sobre hechos ocurridos en ejercicios anteriores, aun cuando, durante ellos, hayan intervenido otros integrantes del órgano de fiscalización.

Esas facultades, por obviedad, no trasladan al nuevo síndico la responsabilidad que pudiera corresponderles a quienes actuaron durante ejercicios anteriores, sino simplemente refieren que la designación de un nuevo síndico no implica un corte sobre sus deberes de información e investigación, y que no se limitan a hechos ocurridos exclusivamente durante su desempeño.

A pesar del silencio de la ley, que parece acotar la actuación del nuevo síndico a sus deberes de información e investigación sobre hechos realizados con anterioridad a la asunción de su cargo, consideramos que el nuevo síndico debe también tomar bajo su responsabilidad otras obligaciones que hayan incumplido quien lo ha precedido en el puesto como por ejemplo, el informe anual a los

accionistas, como parte integrante de los estados contables (art. 294 inc. 5º de la ley 19.550), pues este informe debe ser suministrado y suscripto por quien ejerce efectivamente la sindicatura y no por quien haya abandonado el cargo, cualquiera fueren las causas de cesación en su cargo, aun cuando ese informe estuviere pendiente de elaboración y/o firma, al tiempo de la desvinculación del ex síndico.

Art. 296.—

Responsabilidad. Los síndicos son ilimitada y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley, el estatuto y el reglamento. Su responsabilidad se hará efectiva por decisión de la asamblea. La decisión de la asamblea que declare la responsabilidad, importa la remoción del síndico.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 277 a 279, 297, 305; resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 120. LSC Uruguay: art. 406.

Art. 297.—

Solidaridad. También son responsables solidariamente con los directores por los hechos u omisiones de estos, cuando el daño no se hubiera producido si hubieran actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias. [Texto según ley 22.903].

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 274, 294, 296, 305; ley 22.315: art. 12. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 120.LSC Uruguay: art. 407.

§ 1. Responsabilidad de los síndicos

La ley 19.550 establece un severísimo régimen de responsabilidad para los síndicos societarios, a los cuales no solo les son aplicables las normas que los arts. 274 a 279 dedican a los directores de las sociedades anónimas (art. 298),

sino también un régimen específico, previsto por los arts. 296 y 297. Conforme al mismo, los síndicos no solo son ilimitada y solidariamente responsables entre ellos —en caso de fiscalización plural o colegiada— por el incumplimiento de las obligaciones que les impone la ley, el estatuto y el reglamento, sino que también son responsables solidariamente con los directores por los hechos u omisiones de estos, cuando el daño no se hubiera producido, si hubieran actuado de conformidad con lo establecido por la ley, el estatuto, el reglamento o las decisiones asamblearias.

Con otras palabras, su doble régimen de responsabilidad puede ser explicado de la siguiente forma:

a) Responsabilidad solidaria e ilimitada entre los mismos integrantes del órgano de fiscalización, por el incumplimiento de las obligaciones que a ellos les impone la ley, el estatuto o reglamento.

b) Responsabilidad solidaria con los directores por los hechos u omisiones de estos, cuando el daño no se hubiera producido si hubieran actuado de conformidad con la ley, el estatuto, el reglamento o las decisiones asamblearias.

Analizaremos separadamente ambos supuestos, pues ellos tienen un fundamento diferente.

§ 2. Responsabilidad de los síndicos por incumplimiento de las funciones que la ley, el estatuto o reglamento les ha impuesto exclusivamente a ellos

Se trata en este caso de una responsabilidad propia, ya sea por acción u omisión, que se presenta cuando el o los síndicos no han cumplido con sus obligaciones y con ello han generado un perjuicio concreto a la sociedad.

Cuando el art. 296 de la ley 19.550 impone a los síndicos la responsabilidad ilimitada y solidaria por el incumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley, el estatuto y el reglamento, no solo se refiere al incumplimiento de sus obligaciones, sino también por los daños ocasionados por su irrazonable actuación, pues como ha sido resuelto, el legislador ha impuesto precisos deberes a la sindicatura en defensa de los derechos de los accionistas, que son, en definitiva, los destinatarios de las consecuencias de la gestión de los administradores[1168].

Esto es, si como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que la ley 19.550 le impone a la sindicatura se generan perjuicios para la sociedad o a los accionistas, esa omisiva o deficiente actuación derivará necesariamente en su responsabilidad patrimonial, la que podrá hacerse efectiva a través de la acción

social prevista por los arts. 276 a 278 y si la negligente o dolosa actuación de la sindicatura ha ocasionado daños a los accionistas en su patrimonio particular o a terceros, su responsabilidad podrá ser reclamada a través de la acción individual prevista por el art. 279 del ordenamiento societario (art. 298).

Al igual que lo prescribe el art. 276 para los directores, la decisión de la asamblea que declare la responsabilidad del síndico, importa la remoción del mismo y la imposibilidad de acceder al cargo con posterioridad.

Si bien las obligaciones de la sindicatura societaria —de cuyo incumplimiento derivan las responsabilidades previstas por el art. 296— se encuentran enumeradas en el art. 294, otras disposiciones legales establecen específicamente la responsabilidad de los integrantes del órgano de fiscalización por determinados actos societarios; y ejemplo de ello encontramos, entre otras disposiciones, en lo dispuesto por el art. 199, párr. 2º, por las consecuencias resultantes de la nulidad de la oferta pública en caso de aumento del capital social; por la distribución de dividendos anticipados en las sociedades anónimas denominadas "cerradas" o cuando ellos han sido repartidos en violación a lo dispuesto por el art. 224; por las consecuencias de la declaración de nulidad de una decisión asamblearia (art. 254) y asimismo por la emisión de debentures por inexactitudes contenidas en el prospecto (art. 340), etcétera.

Un análisis de la jurisprudencia nos ilustra que son casi inexistentes las veces en que la acción de responsabilidad es promovida exclusivamente contra el síndico societario con independencia de la actuación de los integrantes del directorio, pues, por lo general, la responsabilidad de los mismos deriva de la omisión de las diligencias necesarias para evitar las consecuencias dañosas de la actuación de los administradores que es, precisamente, el supuesto al cual nos abocaremos en los párrafos posteriores.

§ 3. Responsabilidad solidaria de los síndicos por los hechos u omisiones de los directores

El legislador se ha preocupado, al reglamentar el funcionamiento de la sindicatura, en establecer un sistema que permita, además de las obligaciones de información, vigilancia e investigación, enervar las consecuencias dañosas que pudieran resultar para la sociedad por la actuación de los otros órganos sociales, en especial del órgano de administración.

A primera vista, puede parecer una contradicción legal asimilar la responsabilidad de los síndicos —a quienes solo cabe un control de legalidad sobre la actuación de los restantes órganos de la sociedad— con la de los directores, cuya responsabilidad abarca, por propia definición, el mérito de su actuación, cuando la misma infrinja los claros parámetros del art. 59 de la ley 19.550 y hubieran ocasionado perjuicios a la sociedad que administran.

Tal contradicción es, sin embargo, inexistente, pues el control que la ley impone a los integrantes de la sindicatura no solo les obliga a dejar sentada su protesta —cuando el acto generador de responsabilidad deriva de un acuerdo del directorio o de una asamblea de accionistas— sino que también le es impuesta —y no como facultad sino como expresa obligación— la adopción de concretas medidas, internas o judiciales, tendientes a evitar los perjuicios que tales actos pudieran ocasionar a la sociedad.

La jurisprudencia se ha encargado de explicar que el régimen de responsabilidad impuesto por la ley 19.550 a los directores, se extiende a los síndicos sociales, pues si bien es cierto que éstos no ejercen la dirección de la sociedad, ellos son los encargados por la ley de una fiscalización constante, rigurosa y eficiente de las disposiciones del directorio, por lo que sus funciones, a los efectos de la normal marcha de la sociedad, es más importante individualmente que la de cada uno de los directores. En consecuencia, la falta deliberada o no del debido ejercicio de las múltiples obligaciones que la ley les impone, entre otras, las de control, asistencia, convocación a asambleas etc. (arts. 294 y 295 de la ley 19.550), los hace incurrir en falta grave[1169].

Con tal criterio, se declaró responsable al síndico que cooperó, con su permisividad, en los excesos de poder de los directores, permitiendo la disposición de bienes sociales en favor de otra sociedad, en las cuales aquellos directores eran accionistas[1170]. En el mismo sentido, fue declarada la responsabilidad del síndico societario —de profesión abogado— cuando en la reunión de directorio en la cual este órgano aprobó la venta de un inmueble de la sociedad, reiterando la conveniencia de concretar la operación, pero sin mención del precio, sin que el funcionario sindical interviniera en la deliberación, cuando la determinación del precio constituye uno de los dos elementos sustanciales de la operación, que implica una falencia formal en la respectiva decisión[1171]. Y finalmente, se condenó al síndico societario cuando los directores omitieron dar cuenta de su administración y se excedieron en el ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, sin un correcto control de la sindicatura, quien no intentó prevenir o superar tales inconductas, quien debe responder frente a la sociedad y los socios por su negligencia[1172].

En definitiva: para evitar incurrir en las responsabilidades propias de su cargo, la ley 19.550 ha impuesto a los síndicos una actuación urgente y positiva, consistente en poner en marcha los mecanismos internos para evitar la consumación de perjuicios al ente, con amplias facultades también para recurrir al ámbito judicial a los fines de obtener la suspensión provisoria de decisiones asamblearias que se estimaren nulas (arts. 251 y 252 de la ley 19.550), para promover incluso la acción de remoción de cualquiera de los directores, en los casos previstos por el art. 265 llegando incluso sus facultades a poder solicitar a la autoridad de control que requiera la intervención estatal sobre el funcionamiento de la sociedad (art. 301).

El incumplimiento de estas actuaciones que, se reitera, están destinadas a evitar la consumación de perjuicios a la sociedad que el síndico fiscaliza. Constituye el fundamento de la responsabilidad, que el legislador ha impuesto a los síndicos

en forma solidaria con los directores que, con sus actos u omisiones hayan generado la producción de daños a la sociedad.

Constituye, pues, un evidente error ampararse en el control formal o de supervisión extrínseca que la ley ha otorgado a la sindicatura para eximir a los síndicos de su responsabilidad por los actos del directorio, pues ello no autoriza, como se sostuvo en un importante precedente judicial[1173], que el síndico deba desentenderse de tropelías que saltan a la vista, así resultaran estas de negligencia y no de dolo.

Pero debe quedar en claro que la responsabilidad de los síndicos impuesta por el art. 297 de la ley 19.550, solo podrá ser operativa dándose los requisitos siguientes:

a) Cuando la actuación de los directores infrinja el parámetro de conducta previsto por el art. 59 de la ley 19.550 (lealtad y diligencia) y encuadre en las hipótesis señaladas por el art. 274 de la ley en análisis. Vale la pena reiterar conceptos expuestos al analizar esta última norma, en cuanto sostuviéramos que no cualquier actividad de los directores es susceptible de generarle responsabilidades, sino cuando ella está reñida con la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias válidas; implique un mal desempeño de su cargo, o cuando los daños producidos a la sociedad hayan sido ocasionados por dolo, abuso de facultades, o culpa grave de los administradores.

b) Se trate de los actos que el síndico pudo vigilar, en ejercicio de sus facultades, para lo cual deberán ponderarse las características de la actuación de los directores, generadoras de daños y perjuicios a la sociedad, para extender o no las consecuencias de las mismas al patrimonio de los integrantes del órgano de fiscalización, pues la responsabilidad del síndico, como ha sido expuesto reiteradamente, debe ser juzgada de acuerdo con los actos que él haya realizado y aquellos que debió realizar según las funciones que cumpla[1174].

El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los síndicos se rige también por las normas de los arts. 296 y 298, es decir, a través de la acción social; previa decisión de la asamblea ordinaria de accionistas (arts. 234 inc. 3º y 296), cuando se trate de daños sufridos por la sociedad y a través de la acción individual de responsabilidad, en los casos previstos por el art. 279 de la ley societaria.

§ 4. Eximición de responsabilidad del síndico societario. Supuestos

La responsabilidad del síndico no es objetiva, y si bien la ley 19.550 les encomienda una fiscalización constante, rigurosa y eficiente de las decisiones

del directorio, aclarando en varios precedentes que su misión resulta de mayor peso individual que la de cada uno de los directores, y que la falta, deliberada o no, del correcto ejercicio de las obligaciones que la normativa societaria le impone, justifica las responsabilidades impuestas por la ley, el funcionario sindical puede eximirse de responsabilidad probando: a) el caso fortuito, la culpa de la víctima o de un tercero extraño; b) la ausencia de culpa, que consiste en la demostración de que actuó con la diligencia, prudencia, cuidado y pericia que exige la naturaleza del hecho, atendiendo a las directivas del art. 509 del Código Civil[1175], hoy art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, y atento la especial naturaleza de sus funciones, el síndico no queda eximido de responsabilidad con la mera disconformidad que deje sentada en la resolución de directorio que pueda considerar como generadora de perjuicios a la sociedad, pues el mismo debe echar mano a todos los recursos que la ley le otorga para evitar la consumación de ese daño, entre los cuales se encuentra la convocatoria a asamblea de accionistas, la promoción de acciones judiciales impugnatorias del acuerdo del directorio, la promoción de acciones de remoción, etcétera.

Del mismo modo, si la sindicatura fuere plural, la disconformidad del síndico disidente con lo resuelto por el órgano de fiscalización tampoco lo libera de su responsabilidad, pues las decisiones emanadas de dicho órgano no lo obligan, si él considera que ellas resultan contrarias a la ley, estatuto o reglamento, o implican incumplimiento de las funciones que le fueron otorgadas por el art. 294, o considere que la decisión mayoritaria del órgano de control puede generar perjuicios a la sociedad o no resultar suficiente a los fines de evitar los daños y perjuicios a la misma, cuando el hecho generador de daños provenga de una actuación del directorio o de su representante legal. En tal sentido, el art. 290 es categórico cuando, referido a la sindicatura plural, prescribe que el síndico disidente tendrá los derechos, atribuciones y deberes del art. 294 de la ley 19.550.

Tampoco es óbice para exonerar la responsabilidad del síndico societario la circunstancia de que la decisión asamblearia que designó a un nuevo síndico no haya sido inscripta en el Registro Público, toda vez que atento la responsabilidad subjetiva que se le imputaba a aquel, ello supone por su naturaleza una actuación personal y efectiva en el cargo societario[1176], además de recordar que la ley 19.550 no impone la publicación y registración de la designación y cesación de los integrantes del órgano de fiscalización interna de la sociedad.

§ 5. La responsabilidad concursal de los síndicos societarios

La muy escasa jurisprudencia recaída en materia de responsabilidad de los síndicos societarios en sociedades in bonis se encuentra balanceada por la

nutrida y no pocas veces contradictoria doctrina judicial referida a la calificación de esos funcionarios ante la quiebra de la sociedad cuya fiscalización ejercían.

No obstante que la actual ley de quiebras, que lleva el número 24.522, ha suprimido el incidente de calificación de conducta, el cual, durante la vigencia de la derogada ley 19.551, constituía el antecedente necesario de las posteriores acciones de responsabilidad contra administradores y síndicos de sociedades comerciales, pero la jurisprudencia elaborada en torno a dicha calificación debe ser muy tenida en cuenta a la hora de apreciar la responsabilidad de los síndicos sociales, pues las acciones resarcitorias que pueden promoverse contra los mismos se encuentran vigentes (arts. 173 y 175, ley 24.522) y en nada perjudica a las mismas la derogación del instituto de la calificación de conducta.

Pues bien, y de acuerdo con la jurisprudencia elaborada durante la vigencia de la derogada ley 19.551, nuestros Tribunales, olvidando el fundamento de la responsabilidad de los síndicos prevista por el ordenamiento societario, eximían de toda responsabilidad a los síndicos sociales por las consecuencias dañosas de las actuaciones que solo están reservadas a los administradores de la sociedad(1177). En tal sentido, se estableció la ajenidad de los síndicos con la disminución indebida del activo social(1178), sobre la falta de cumplimiento de las obligaciones previsionales(1179)con la realización de actos declarados ineficaces(1180)o la recurrencia al crédito de terceros, disimulando el estado de cesación de pagos, así como la desaparición de los libros contables(1181), y con la inclusión en el balance, suscripto por el síndico, de documentación falsa(1182), etcétera.

Del mismo modo, se declaró judicialmente, durante la vigencia de la ley 19.551, que escapan a toda responsabilidad de los síndicos la realización de actos por los administradores que resulten excesivos al capital social de la firma(1183), la demora injustificada de presentar a la sociedad en concurso preventivo(1184)o por las consecuencias patrimoniales disvaliosas de la fallida, al estar en débito por una cantidad doble al haber, mensurada de acuerdo al último inventario en el lapso que media entre la realización de este y la declaración de quiebra(1185).

Por el contrario, fue jurisprudencia pacífica durante la anterior regulación concursal, la inclusión del síndico societario en el incidente de calificación de conducta y sujeto pasivo de las acciones concursales de responsabilidad, por el hecho de haber omitido la presentación, en tiempo y forma, de balances, cuentas de resultados, estados contables y documentos anexos(1186); presentar estados contables falsos o notoriamente inexactos(1187); omitir la presentación, en tiempo y forma, de la memoria, balances, cuentas de resultados, estados contables y documentación anexa(1188); llevar la sociedad irregularmente sus libros y documentación mercantil(1189); presentar o invocar proyecciones de balances y cuentas de resultados, de origen y aplicación de fondos o financieros o estudios de factibilidad técnica, financiera o económica que con evidencia no se ajustan a la realidad económica y financiera de la deudora a la fecha de su confección, o utilizarlos truncados o parcializados(1190), etcétera.

Como puede observarse, la jurisprudencia elaborada en torno a la ley 19.551 puso el énfasis —en materia de calificación de conducta y responsabilidad de los

síndicos— en aquellas cuestiones en las cuales la intervención del funcionario social es exigida por la ley 19.550 con una mayor intensidad o a través de una participación activa (art. 294 inc. 5º) y relacionada, por lo general, a una legal teneduría de los libros sociales. La unánime y constante jurisprudencia condenatoria de la actuación del síndico societario, en materia de defectos o irregularidades de la contabilidad así lo demuestra, descartándose por el contrario, y como regla general, su inclusión en el incidente de calificación de conducta en aquellos supuestos en los que no se le requiere al funcionario sindical actuación positiva alguna, cuando esta corresponde a los administradores de la sociedad.

Dicho criterio diferenciador, que aún mantiene vigencia, pues la derogación del incidente de calificación de conducta no implica la eliminación de las acciones de responsabilidad, carece, a nuestro juicio, de toda razonabilidad, pues el mayor conocimiento o actividad que le son requeridos al síndico sobre la contabilidad de la sociedad en nada influye sobre su responsabilidad. El criterio para imponerle responsabilidad surge de los principios generales establecidos por los arts. 296 y 297 de la ley 19.550 y nada autoriza a modificarlos dentro de la órbita del derecho concursal, pues es de toda evidencia que si el síndico ha tomado conocimiento de la disminución ilegítima del activo, o de la falta de cumplimiento de las obligaciones impositivas o previsionales o, en general, cuando ha tomado conocimiento de una actuación ilegítima de los restantes órganos de la sociedad, debe el funcionario concursal actuar positivamente para evitar la generación de mayores perjuicios al ente que fiscaliza.

Mantener en silencio tales actuaciones y no actuar en consecuencia, con la diligencia y lealtad del caso, implica convertir al síndico en una figura meramente decorativa. Por el contrario, exigirles a los mismos una actuación positiva, ya sea a través de denuncias, investigaciones o promoción de acciones judiciales constituye la mejor manera de custodiar el interés social y evitar, en definitiva, que los mismos se conviertan en cómplices de la producción, facilitación, agravación o prolongación de la insolvencia de la sociedad, hechos estos que constituyen el fundamento de su responsabilidad, como lo prescribe actualmente el art. 173 de la ley 24.522.

En definitiva, el síndico societario no es un simple asesor del directorio ni un examinador formal de la legalidad de los actos de este órgano, sino y fundamentalmente, un funcionario a quien la ley ha impuesto la obligación de actuar diligentemente para evitar la producción de daños a la sociedad. Desde tal punto de vista, ninguna distinción debe efectuarse en cuanto a la determinación de la responsabilidad de esos funcionarios, según el estado económico y financiero por el que atraviesa la sociedad, es decir, se encuentre o no en estado de insolvencia o tramitando un proceso falencial. Se reitera: la responsabilidad del síndico es exigible cuando, de haber actuado de la manera exigida por el ordenamiento positivo, hubiera podido evitar los daños a la sociedad producidos por la actuación de otros órganos. Si el síndico se ha mantenido impasible frente a actos u operaciones de los restantes órganos sociales que han causado perjuicios a la sociedad, no corresponde distinguir entre las funciones que desempeñaban unos y otros, pues precisamente para evitar la producción de daños a la sociedad, es que la ley ha instituido la

actuación de un funcionario cuya única misión es controlar la actuación del directorio y de la asamblea de accionistas.

Art. 298.—

Aplicación de otras normas. Se aplica a los síndicos lo dispuesto en los arts. 271 a 279.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 271 a 279. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 120. LSC Uruguay: art. 408.

§ 1. Remisiones al régimen general de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas

El art. 298 de la ley 19.550 remite finalmente a las normas de los arts. 271 a 279 que, como se recordará, se refieren a la actuación de los directores en determinadas operaciones (arts. 271 a 273), así como al régimen de responsabilidad de los mismos, previsto y reglamentado por los arts. 274 a 279 del ordenamiento societario.

Sin perjuicio de remitir, por nuestra parte, a todo lo expuesto en materia de responsabilidad de los directores, es decir, en todo lo referente a la naturaleza jurídica de la misma, así como a la estricta aplicación de las normas procedimentales previstas por los arts. 276 a 278 de la ley 19.550 para los integrantes del órgano de control, deben establecerse algunas diferencias en cuanto a la responsabilidad de los directores con la responsabilidad de los síndicos societarios, por cuanto no es posible limitar la responsabilidad de los síndicos, sindicatura plural mediante, con base a lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 274, pues la asignación de funciones allí establecida es aplicable exclusivamente a los directores de las sociedades anónimas y por otra parte, debe tenerse presente que si bien el art. 274 de la ley 19.550 ha establecido la existencia de culpa grave, en el desempeño de la administración y representación de la sociedad, como factor atributivo de responsabilidad, tal calificación no es aplicable a los integrantes del órgano de fiscalización, pues atento su profesionalidad, no resulta razonable exigirle gravedad a su desempeño culposo. Al respecto, es aplicable a los síndicos la clara directiva del art. 1725 primer párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto dispone que cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno

conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

§ 2. Prohibición legal de determinadas actuaciones de la sindicatura

Además de lo expuesto en los párrafos anteriores, el art. 298 de la ley 19.550 contempla otros supuestos no referidos estrictamente a la responsabilidad de estos funcionarios, pues dicha norma, al remitir a lo dispuesto por los arts. 271 a 273 del ordenamiento societario, prohíbe a los mismos contratar con la sociedad fuera de las condiciones previstas por el art. 271, participar en reuniones de directorio con interés contrario y realizar actividades en competencia con la sociedad que fiscalizan, pues ello implica violar el deber de lealtad y diligencia que debe caracterizar su actuación. Corresponde, pues, remitirse a lo expuesto por dichas normas y a sus comentarios, en homenaje a la brevedad.

9. DE LA FISCALIZACIÓN ESTATAL

Art. 299.—

Fiscalización estatal permanente. Las sociedades anónimas, además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de control de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos:

1) Hagan oferta pública de sus acciones o debentures;

2) Tengan capital social superior a $ 2.100.000, monto este que podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo cada vez que lo estime necesario; [Texto según ley 21.304 y res. 623/1991 del Ministerio de Justicia]

3) Sean de economía mixta o se encuentren comprendidas en la sección VI,

4) Realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros;

5) Exploten concesiones o servicios públicos;

6) Se trate de sociedad controlante de o controlada por otra sujeta a fiscalización, conforme a uno de los incisos anteriores.

7) Se trate de Sociedades Anónimas Unipersonales (Texto ley 26.994).

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 33, 308 a 314; ley 22.315; resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, arts. 79, 120, 152, 195, 312, 316.LSC Uruguay: arts. 247, 409.

§ 1. Fiscalización estatal permanente. Sociedades incluidas

En la Sección V del Capítulo II de la ley 19.550, el legislador acogió, sin sistematizarla adecuadamente, la distinción entre sociedades anónimas abiertas y cerradas, centrando el criterio de distinción en la inclusión de aquellas en el art. 299, que contempla diversos supuestos de diferente naturaleza, cuyo único denominador común es la fiscalización estatal permanente, durante su funcionamiento, disolución y liquidación.

Las sociedades anónimas cerradas, o más comúnmente llamadas de familia, pueden ser definidas por exclusión como aquellas no contempladas por el art. 299, sometidas al control estatal en lo referido exclusivamente a la legalidad del acto constitutivo, sus modificaciones y variaciones de capital, a los efectos de lo dispuesto por los arts. 53 y 167 de la ley societaria.

Los redactores de la ley 19.550 han sido explícitos al fundamentar la inclusión en el art. 299 de las sociedades allí previstas, las cuales, por diversas razones, ya sea en protección del ahorrista o inversor, de los trabajadores o del interés público, justifican el control estatal permanente.

En el primer caso —sociedades que hagan oferta pública de sus acciones o debentures— la ley tiende a proteger al ahorrista que, actuando aisladamente, se halla imposibilitado de hacerlo en su propia protección. El Estado tiene, en consecuencia, un alto interés en hacer efectivo ese amparo, para asegurar la afluencia del ahorro público a esta clase de empresas que, por su dimensión, permiten la consecución de objetivos económicos que hacen profundamente al desarrollo del país[1191]. Por esos fundamentos, la ley 24.083 ha sometido a las sociedades gerentes de fondos comunes de inversión al control permanente del Estado, comprendiéndolas dentro de las disposiciones del art. 299 de la ley en análisis.

En el ámbito del control estatal en materia de sociedades cotizantes, lo que verdaderamente interesa, es el correcto cumplimiento de las obligaciones que han sido impuestas al sujeto responsable, en función del interés general en aras del cual han sido instituidas, vinculado, en este caso, a la tutela del ahorro público. Así lo ha interpretado la jurisprudencia, con el argumento de que la intervención estatal en materia de sociedades que cotizan sus acciones, se orienta a la protección del público inversor, especialmente los que forman la media común de los habitantes, y que por carecer de la información necesaria, pueden padecer en mayor grado la actividad inadecuada de las empresas. Por ello, la captación de ahorro público justifica la rigidez en el juzgamiento de la cuestión y en la exigencia de acatar estrictamente los ordenamientos normativos(1192).

En cuanto a la inclusión en el art. 299 de las sociedades anónimas cuyo capital social supere los $ 10.000.000, la misma Exposición de Motivos explica las razones que justifican la fiscalización estatal permanente, que está dada por la influencia económico social que ejerce ese poder económico, el cual excede el interés individual de los titulares del capital sosteniéndose en ella que "El Estado no debe ser indiferente a la situación que se crea por las repercusiones que tiene el cese del funcionamiento de entes que son importantes fuentes de trabajo, cuya interrupción produce graves fenómenos sociales, tanto más graves cuanto menor sea la dimensión del ámbito socioeconómico en que actúan(1193).

Por su parte, la inclusión de las sociedades de economía mixta y sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria responde, de conformidad a los motivos reseñados por los legisladores, a la trascendencia de su actuación, reservada a empresas de gran envergadura, que requieren la afluencia de fuertes capitales, lo cual impone la vigilancia permanente del Estado, para que se cumplan las normas que rigen su funcionamiento.

Sin embargo, los fundamentos no convencen, teniendo en consideración que la administración y fiscalización interna de dichas sociedades están precisamente en manos del Estado, sujetas incluso a la fiscalización de la Sindicatura General de Empresas Públicas, organismo creado por la ley 21.801. La superposición de controles en este caso resulta excesiva, resultando aconsejable la supresión del art. 299 de las sociedades mencionadas.

Las sociedades de capitalización y ahorro, o aquellas que por cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros, han sido también incorporadas al art. 299, así como aquellas que explotan concesiones o servicios públicos, por análogos fundamentos a los expuestos en los párrafos precedentes, pero teniendo fundamentalmente en consideración el interés público que se encuentra comprometido.

Claro está que la ley no ha ignorado que esos fines pueden ser fácilmente violados por el empleo de técnicas jurídicas que permitan eludir la consecución del objeto perseguido por la fiscalización estatal permanente, y de ahí que el art. 299, en su inc. 6º, prevé la inclusión en esa fiscalización, cuando la sociedad controlante o controlada se encuentre sujeta a la misma, debiendo recurrirse a la fórmula empleada por el art. 33 de la ley 19.550 para definir unas y otras.

Finalmente, la inclusión de las sociedades anónimas unipersonales en el inc. 7º del art. 299 LGS se justifica sobradamente, para evitar que el único socio haga lo que se le viene en ganas con el patrimonio social, en una clase de sociedad —las sociedades de un solo socio—, donde el interés social se confunde con el de su único integrante. La actuación de un síndico en estos casos es fundamental, para evitar tales abusos, apareciendo como un contrapeso imprescindible a la voluntad omnímoda de quien controla la compañía en soledad y con exclusividad.

Recuérdese al respecto que la inclusión del inc. 7º del art. 299 en la ley 19.550 fue efectuada por la ley 26.994, que instituyó en la ley general de sociedades la sociedad anónima unipersonal, estableciendo dicha norma la necesidad de contar con un directorio y una sindicatura plural. Ello ocasionó la reacción de la doctrina corporativa, que un poco más de un año de sancionada aquella ley, logró el dictado de la ley 27.290, que si bien no eliminó a las sociedades anónimas unipersonales del listado del art. 299 de la ley 19.550, suprimió para ellas la sindicatura plural. A pocos meses de sancionada esta ley, no parece haber sido ello un impulso fundamental para la constitución de sociedades unimembres, pero solo la experiencia demostrará las bondades de estas compañías antinaturales y el control interno que le ha sido impuesto.

El control estatal permanente para las sociedades comprendidas en el art. 299 se complementa con otras normas que, teniendo en consideración los fundamentos que motivaron la inclusión de aquellas en la disposición legal citada, tienden a facilitar la actuación de sus integrantes en los diversos órganos de la sociedad. En tal sentido, el art. 237de la ley 19.550, a fin de promover la concurrencia a las asambleas, ordena la publicación de la convocatoria, independientemente del Boletín Oficial, en uno de los diarios de mayor circulación de la República, prohibiendo incluso las convocatorias simultáneas para esta clase de sociedades. Por su parte, y a efectos de permitir el ingreso de los accionistas a los órganos de administración y control, los arts. 255 y 284 prescriben que estos deberán integrarse con un número no menor de tres miembros, dejando a salvo la excepción que este último artículo prevé.

§ 2. La Inspección General de Justicia. Su régimen legal

Derivando la fiscalización estatal del poder de policía que tiene el Estado[1194], y por ser esta materia reservada a las provincias, lo ejerce en cada una de ellas la autoridad provincial correspondiente al domicilio social, salvo en la Capital Federal, en donde el control estatal permanente lo tiene a su cargo la Inspección General de Justicia.

Los antecedentes de este organismo se remontan a fines del siglo pasado, cuando, por decreto del 11 de noviembre de 1892, el Presidente de la República, Luis Sáenz Peña, dispuso que el Departamento de Justicia entienda en todo lo

relativo a la personería jurídica de las sociedades anónimas, correspondiendo al Poder Ejecutivo otorgar o retirar las autorizaciones a que se referían los arts. 318 y 370 del Código de Comercio y cuidar que las mismas conserven los requisitos esenciales que exigía el art. 33 del Código Civil para su fundación.

Poco tiempo después, el 22 de julio de 1983, por decreto del mismo Presidente, se creó un cuerpo de inspectores de sociedades anónimas con la misión de fiscalizar aquellas sociedades que acepten concesiones del Estado, funciones que fueron ampliadas en ese mismo año, al hacerse extensiva la intervención del organismo a todo lo relacionado con el reconocimiento, estado y caducidad de todas las sociedades por acciones.

Años después, por acuerdo reglamentario del 30 de abril de 1897 se asignaron las funciones del cuerpo de inspectores a una Inspección General de Sociedades, presidida por un inspector general, extendiendo además su competencia a las sociedades civiles y extranjeras, a quienes podrá conceder y retirar la personería jurídica y aprobar las modificaciones de su estatuto.

Por decreto del 6 de julio de 1904 se ubicó funcionalmente la nueva Inspección General de Justicia, incorporándose a la división Justicia del Ministerio.

La primera normativa reglamentaria dictada bajo la nueva denominación de Inspección General de Justicia fue el decreto del 17 de noviembre de 1908, no reformado sustancialmente hasta la sanción del decreto del 27 de abril de 1923, que definió la competencia de la Inspección General de Justicia, estableciendo por primera vez disposiciones reglamentarias aplicables a las entidades sujetas a su fiscalización, mereciendo citarse, entre otras, la intervención en la creación y el funcionamiento de las asociaciones civiles con personería jurídica y sociedades anónimas constituidas en la Capital Federal o en los territorios nacionales, así como en las constituidas en el extranjero que ejercieran su principal comercio en la República, o establecieran en ella sucursales o cualquier otra especie de representación, y sociedades que se constituyan para explotar concesiones otorgadas por autoridades nacionales, provinciales o municipales.

En el año 1970, y concretando la necesidad del organismo de contar con una propia ley orgánica que fije sus funciones y competencia, se sancionó la ley 18.805, que cambió su denominación por la de Inspección General de Personas Jurídicas, definiéndose en esa normativa su propia competencia, receptando la ley mencionada la filosofía que luego orientará la ley 19.550, que se sancionará dos años más tarde[1195].

El 12 de julio de 1971 se sancionó el decreto 2293, reglamentario de la ley 18.805.

Sancionada la ley 19.550 en el año 1972, esta legislación receptó gran parte de la valiosa jurisprudencia administrativa de la Inspección General de Justicia, elaborada durante muchos años. Debe recordarse que estuvieron a cargo de dicho Organismo, juristas de reconocida solvencia en la materia, como Eduardo Laurencena, Vicente Rodríguez Ribas, Enrique Zaldívar, Horacio Duncan Parodi,

Pedro Giraldi, Fernando Legón, Carlos Vanasco, Guillermo Ragazzi, Hugo Rossi, entre otros.

No obstante ello, ajustes en la aplicación de la Ley de Sociedades tornaron necesario suprimir el doble control que en materia de sociedades anónimas aquella había organizado, y como consecuencia de ello, luego de diez años de vigencia se reemplazó la ley 18.805 por la ley 22.315, que entró en vigencia el 6 de noviembre de 1981, que si bien siguió los lineamientos de su antecesora, introdujo algunos cambios esenciales, como la absorción del Registro Público de Comercio, retomando además la antigua denominación de Inspección General de Justicia.

Actualmente, la Inspección General de Justicia tiene a su cargo las funciones atribuidas por el Código de Comercio al Registro Público de Comercio, y la fiscalización de las sociedades por acciones, excepto a las sometidas a la Comisión Nacional de Valores, y la fiscalización de las sociedades constituidas en el extranjero que hagan ejercicio habitual en el país de actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursales, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, de las sociedades que realizan operaciones de capitalización y ahorro, así como de las asociaciones civiles y las fundaciones.

Salvo la fiscalización de las sociedades que realizan operaciones de capitalización y ahorro, comúnmente denominadas sociedades de ahorro previo, que es federal, y que comprende a todas las sociedades de esta clase que se constituyan en cualquier parte del país, el control de todas las sociedades comerciales, sociedades extranjeras, asociaciones civiles y fundaciones es local, teniendo cada provincia a su cargo la fiscalización de esas personas jurídicas, aún cuando la tendencia que exhibe hoy la doctrina nacional es la federalización del control de las sociedades constituidas en el extranjero, o sea, sujeta a reglamentación y control por las autoridades del Gobierno Nacional, conclusión a la que se llega bajo una sana interpretación de las normas constitucionales en juego (arts. 75, incs. 13 y 18 y art. 116 de la Constitución Nacional) y dentro del cual debe comprenderse toda la materia de extranjería, incluidos el control y registración de las sociedades externas(1196).

La Inspección General de Justicia ejerce en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, dos tipos de facultades: las meramente registrales, que se traducen en el ejercicio del control de legalidad del acto sometido a inscripción en el Registro Público de Comercio —hoy denominado Registro Público por la ley 26.994—, y aquellas en las que pone en juego del poder de policía societaria, que se ejercer por razones de interés general, tendientes a asegurar la buena fe de las transacciones comerciales, afirmando el principio de transparencia y lealtad del tráfico mercantil y en protección del público en general(1197).

Es importante señalar que todas las facultades que la ley 19.550, en sus arts. 299 a 307 reservan a la autoridad de control societario para el cumplimiento de la labor de fiscalización permanente puesto en cabeza de la misma sobre las sociedades incluidas en el art. 299 de dicho cuerpo legal, pueden y deben ser ejercidas de oficio, careciendo de toda importancia determinar si la actuación que le corresponde a la Inspección General de Justicia se lleva a cabo en forma

directa por ella o merced a una denuncia de particulares, posibilidad que admite expresamente el art. 6º inc. c) de la ley 22.315.

§ 3. Alcance del control administrativo permanente en las sociedades comprendidas en el art. 299 de la ley 19.550

Hemos ya sostenido que las facultades de fiscalización societaria constituyen una prerrogativa inescindible de la actividad del Estado, amparada en normas constitucionales que aseguran derechos esenciales a los ciudadanos, derechos que no son absolutos y que la misma Constitución Nacional condiciones en su ejercicio, a fin de compatibilizarlos con los derechos de terceros y con los fines de un interés general perseguido por la comunidad.

Los alcances del control permanente que la Inspección General de Justicia debe efectuar en torno a las sociedades sometidas a su fiscalización están detalladas en el art. 7º inc. d) de la ley 22.315, denominada "Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia", que la obliga a fiscalizar permanentemente el funcionamiento, la disolución y liquidación de las entidades comprendidas en los arts. 299 y 301 de la ley 19.550, entre las cuales se encuentra la facultad de controlar el contrato constitutivo y sus reformas, las variaciones del capital social, fiscalizar y aprobar la emisión de debentures y los reglamentos a que alude el art. 5º de la ley 19.550.

El control del normal funcionamiento de las sociedades anónimas que le compete a la Inspección General de Justicia se apoya en la necesidad de posibilitar el eficaz funcionamiento del poder de policía que el Estado tiene sobre las sociedades por acciones, y ha sido la propia autoridad de control, en una serie de resoluciones particulares, quien ha enfatizado la importancia del control que debe ejercer sobre el funcionamiento de las sociedades sometidas a su control, disponiendo que en ejercicio de las funciones de fiscalización permanente de que está investida, la Inspección General de Justicia debe ejercer el control de legalidad del normal funcionamiento de los órganos sociales, estando facultada en función del poder de policía de que dispone, a adoptar en sede administrativa, las medidas preventivas o correctivas que estime pertinentes, tendientes a asegurar el cumplimiento de las normas legales, estatutarias o reglamentarias en cuanto respecta al normal funcionamiento de los órganos de la sociedad[1198].

Con otras palabras, la fiscalización estatal permanente a la que se refiere el art. 299 de la ley 19.550 comprende todas las etapas de la vida de la sociedad, no solo verificando la legalidad del acto constitutivo, sus modificaciones y variaciones del capital, facultades que también debe ejercer con respecto a las sociedades por acciones que no están comprendidas en el art. 299 de la ley 19.550, sino también la legitimidad de sus actos, encontrándose facultada para requerir informaciones y toda la documentación que estime necesaria realizando investigaciones e inspecciones, a cuyo efecto podrá examinar los libros y

documentos de la sociedad, pedir informes a sus autoridades o terceros, recibir y sustanciar denuncias de los interesados que se promuevan en ejercicio de sus funciones de fiscalización, formular denuncias ante las autoridades judiciales, administrativas y policiales, cuando los hechos en que conociera pudieran dar lugar al ejercicio de la acción pública. Puede solicitar asimismo en forma directa a los agentes fiscales, el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes, en los casos de violación o incumplimiento de las disposiciones en que está interesado el orden público (art. 6º, ley 22.315). La ley 22.315, por su parte, autoriza a la Inspección General de Justicia para requerir el auxilio de la fuerza pública, el allanamiento de domicilios y la clausura de locales, así como el secuestro de libros y documentación (art. 6º).

Si bien debe tenerse en cuenta que las funciones de control de la Inspección General de Justicia no comprende a las sociedades que hagan oferta pública o cotización de sus acciones, pues ello es resorte exclusivo de la Comisión Nacional de Valores, ellas no se superponen con el que ejerce el Banco Central de la República Argentina sobre los bancos y entidades financieras, por cuanto cada organismo controla aspectos diversos. Así, la Inspección General de Justicia ejerce el control en función de la forma societaria mientras que el Banco Central de la República Argentina el correspondiente a la actividad de intermediación en la oferta y la demanda de recursos financieros[1199].

§ 4. Diferencias entre las sociedades anónimas cerradas y las sociedades del art. 299 de la ley 19.550

Haciendo nuestro un muy interesante cuadro efectuado por el Profesor de la Universidad de La Plata, Dr. Patricio Mc Inerny[1200], pueden clasificarse las diferencias entre ambas subespecies de sociedades anónimas:

a) En materia de constitución, la sociedad cerrada se constituye por acto único mientras que las sociedades del art. 299 lo hacen por acto único o por suscripción pública.

b) En cuanto a su capital, las sociedades cerradas tienen un capital social mínimo de pesos 100.000 mientras que las segundas su capital social mínimo es de pesos 10.000.000.

c) En torno al régimen de sus acciones, las sociedades cerradas pueden emitir acciones privilegiadas, mientras que las sociedades del art. 299 carecen de esa posibilidad.

d) En materia de aumentos del capital social, las sociedades anónimas cerradas no pueden emitir acciones bajo la par, y sí lo pueden hacer las sociedades que cotizan sus acciones (art. 299 inc. 1º).

e) En lo que respecta al régimen de dividendos, las sociedades anónimas cerradas no pueden distribuir dividendos provisionales, a diferencia de las sociedades del art. 299.

f) Tratándose de la composición del directorio, las sociedades cerradas pueden estar integradas por uno o más directores, a diferencia de las sociedades del art. 299, que salvo el caso del inc. 7º (sociedades unipersonales) es plural e impar.

g) En torno a la composición de la sindicatura, las sociedades anónimas cerradas pueden prescindir de ella, no así las sociedades del art. 299, en las cuales es obligatorio un órgano de fiscalización interno. En éstas la sindicatura deberá ser plural e impar con excepción de los supuestos de los incs. 2º y 7º, que requieren solo sindicatura unipersonal.

h) Con respecto a las asambleas de accionistas, en las sociedades anónimas cerradas, las asambleas pueden ser convocadas en forma simultánea y en forma unánime, mientras que en las sociedades del art. 299, los actos asamblearios no pueden ser convocadas en forma simultánea, salvo las que hacen oferta pública, las cuales podrán convocar en forma simultánea a asamblea general ordinaria.

i) En materia de derecho de receso, en las sociedades cerradas se contempla para la transformación, la fusión por consolidación y por absorción, con relación a la sociedad absorbida, la escisión y el aumento del capital, cuando implique efectivo desembolso de dinero. Por el contrario, en las sociedades del art. 299, las que hacen oferta pública solo receden en caso de fusión y escisión si reciben acciones no sujetas a oferta pública o cuando la sociedad resuelva el retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización.

j) Finalmente, en lo que respecta a la disolución, rige para las sociedades anónimas cerradas el art. 94 de la ley 19.550. Por su parte, para las sociedades anónimas del art. 299, se amplían las causales de disolución, por sanción firme del retiro de la autorización o la cancelación de la oferta pública o cotización.

Art. 300.—

Fiscalización estatal limitada. La fiscalización por la autoridad de control de las sociedades anónimas no incluidas en el art. 299, se limitará al contrato constitutivo, sus reformas y variaciones del capital, a los efectos de los arts. 53 y 167.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 7º, 53, 167, 188, 299, 301; ley 22.315; LSC Uruguay: arts. 409, 410.

Art. 301.—

Fiscalización estatal limitada: extensión. La autoridad de control podrá ejercer funciones de vigilancia en las sociedades anónimas no incluidas en el art. 299, en cualquiera de los siguientes casos:

1) Cuando lo soliciten accionistas que representen el 10% del capital suscripto o lo requiera cualquier síndico. En este caso se limitará a los hechos que funden la presentación;

2) Cuando lo considere necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 299, 300.Ley 22.315; LSC Uruguay: art. 410.

§ 1. La fiscalización estatal en las sociedades anónimas no comprendidas en el art. 299 de la ley 19.550. Extensión. Facultades de la Inspección General de Justicia para requerir la intervención judicial de una sociedad sometida a su fiscalización

Como quedó señalado, la fiscalización por la autoridad de control de las sociedades anónimas no incluidas en el art. 299 de la ley 19.550, se limita, en principio, al contrato constitutivo, sus reformas y variaciones de capital, comprendiendo el control de legalidad de esos actos (art. 167), y aprobando la valuación de los aportes en especie, conforme a las pautas establecidas por el art. 53 de la ley societaria.

Lo expuesto, que rige como principio general, presenta dos importantes excepciones, ambas previstas en el art. 301 de la ley 19.550, que autorizan la intervención permanente de la autoridad de control para estas sociedades. Los supuestos son los siguientes:

a) Cuando lo soliciten accionistas que representen el diez por ciento del capital suscripto o lo requiera cualquier síndico. En este caso, la intervención se limitará a los hechos que fundamenten la presentación.

b) Cuando lo considere necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público.

Como se aprecia, el art. 301 de la ley 19.550, diferencia a los efectos de la intervención de la autoridad de control, la naturaleza de los hechos que motivan la misma. Si en esos hechos está comprometido el interés público, su función de vigilancia podrá ser ejercida de oficio, aun sin petición de parte, y la fiscalización estatal será entonces amplia y permanente. Por el contrario, si el interés público no se encuentra en juego, la intervención de la autoridad de control solo procederá a pedido de accionistas que representen como mínimo el diez por ciento del capital suscripto, o de cualquier síndico, aun el disidente, cuando la comisión fiscalizadora no adopte medida al respecto (art. 290) y solo se limitará a intervenir en los hechos que fundamente su presentación.

La ley, como es lógico, no ha definido el interés público, pero debe entenderse que el mismo se encuentra comprometido cuando determinados hechos ocasionan consecuencias que trascienden del mero interés particular, justificándose la intervención de la autoridad de control en protección de la comunidad, de terceros o del comercio en general. Con esta filosofía la jurisprudencia ha convalidado la intervención de aquella cuando las irregularidades contables de la sociedad sean de tal naturaleza que impliquen el incumplimiento de disposiciones elementales contenidas en el Código de Comercio[1201]—hoy el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 320 y ss.)—.

Por otro lado, la Inspección General de Justicia no ha sido tampoco reticente en intervenir, ejerciendo su poder de policía, cuando se encontraba afectado el funcionamiento de la sociedad, aun cuando no se trataba de sociedades incluidas en el art. 299 de la ley 19.550, con el argumento de que, como autoridad de control, no puede permanecer indiferente frente al irregular funcionamiento de una sociedad anónima, pues como sostiene Halperin, existe verdadero interés nacional de que las sociedades en general funcionen adecuadamente, y en especial las sociedades anónimas, en orden a la trascendencia social y económica de su actuación[1202].

El interés del organismo de control —tiene dicho la Inspección General de Justicia en múltiples resoluciones administrativas— sobre el regular y legítimo funcionamiento de los órganos sociales surge explícito de varias de las normas de la ley 19.550 y basta reparar al respecto en lo previsto por los arts. 236 y 251 de la ley 19.550, que admiten la legitimación de la Inspección General de Justicia para celebrar asambleas en el propio organismo e impugnar las resoluciones asamblearias adoptadas en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, facultades que puede ejercer sobre cualquier sociedad anónima, aún fuera de las incluidas en el art. 299 del ordenamiento legal societario. Del mismo modo, el art. 303 inc. 1º de la ley 19.550 faculta a la autoridad de control para solicitar al juez del domicilio de la sociedad competente en materia comercial, una serie de medidas concretas, que van desde la suspensión de las resoluciones de cualquiera de sus órganos, la intervención judicial de su administración o la disolución y liquidación de las sociedades anónimas, facultades que, se reitera, no están exclusivamente limitadas a las entidades incluidas en el referido art. 299 de la ley 19.550[1203].

Con este criterio amplio de apreciación de sus propias facultades, sobre el cual coincido totalmente —pues entiendo aplicable a la administración pública la tesis

según la cual, otorgado un poder a un organismo, como lo es el caso de las facultades de fiscalización atribuidas a la Inspección General de Justicia, corresponde entender que se la ha dotado de todos los poderes necesarios para el ejercicio del que le ha sido expresamente conferido, y sin los cuales, sería sumamente difícil, sino imposible, la ejecución del poder expresamente otorgado al organismo de que se trata(1204)— la Inspección General de Justicia ha tomado decisiva intervención cuando ha advertido un deficiente accionar del directorio de una sociedad anónima no encuadrada en el art. 299 de la ley 19.550(1205); para requerir judicialmente la nulidad de la constitución de una sociedad anónima simulada, que se desvía ostensiblemente de los fines pretendidos por el legislador societario y de los recaudos a los que se sujeta aquella constitución, por encontrarse comprometido el interés público, cuya tutela constituye el fundamento mismo del control(1206); reclamando judicialmente la nulidad absoluta y la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de una sociedad constituida en el extranjero, por afectar el orden público(1207)etc.

Y del mismo modo y por los mismos fundamentos, ha resuelto la inadmisibilidad de la opinión que predica que la Inspección General de Justicia carece de facultades para investigar el funcionamiento de una sociedad de responsabilidad limitada, pues si bien el control permanente del funcionamiento que tiene dicho organismo por expresa manda legal, se refiere a las sociedades anónimas incluidas en el art. 299 y ss. de la ley 19.550, de manera alguna las sociedades de distinto tipo se encuentran ajenas a las facultades de investigación del organismo de control, pues el art. 6º de la ley 22.315, que enumera, a título enunciativo, las facultades de la Inspección General de Justicia, la faculta a realizar investigaciones e inspecciones, con facultad de examinar los libros y documentos de las sociedades, sin circunscribir esas facultades a un tipo social determinado. Sostener lo contrario, importaría una burda forma de impedir las funciones que el legislador le ha otorgado a este Organismo, pues bastaría adoptar el tipo de sociedad colectiva o de responsabilidad limitada, para que las amplias facultades otorgadas por la Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia carecieran de todo efecto(1208).

Finalmente, y en lo que respecta a las sociedades en comandita por acciones, si bien es cierto que los arts. 299 y 301 de la ley 19.550 se refieren a las sociedades anónimas y no mencionan a aquellas sociedades, ello ha quedado subsanado por el art. 7º de la ley 22.315, cuando refiriéndose a las sociedades por acciones, dispone que la Inspección General de Justicia puede ejercer las siguientes funciones con respecto a las sociedades por acciones: "d) Fiscalizar permanentemente el funcionamiento, disolución y liquidación en los supuestos de los arts. 299 y 301 de la ley 19.550" de manera tal que estos artículos son plenamente aplicables a las sociedades en comandita por acciones.

El organismo de control puede también, en ejercicio de las facultades otorgadas por el art. 301 inc. 2º y 303 inc. 2º de la ley 19.550 solicitar al juez del domicilio de la sociedad competente en materia comercial, la intervención de su administración, cuando en estas se hayan adoptado resoluciones de sus órganos —asambleas, directorio, sindicatura o consejo de vigilancia—, violatorias de la ley, estatuto o reglamento contrarias al interés público, cuando el ente haga oferta pública de sus acciones o debentures o realice operaciones

de capitalización, ahorro o en cualquier otra forma requiera dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros.

La jurisprudencia ha justificado la solución legal, con el argumento de que constituye circunstancia dirimente, dadas las características de las sociedades dedicadas a canalizar el ahorro público, la tutela del consumidor, que resulta la parte no proponente de un contrato con cláusulas predispuestas, tutela que ha sido confiada por el legislador a la autoridad de control, quien debe así velar preventivamente por ella (art. 301 inc. 2º y 303 inc. 2º de la ley 19.550), y de allí que reiteradamente ha sido decidido que la intervención de una sociedad decretada a pedido de la Inspección General de Justicia no es una medida cautelar típica, debido a que las facultades discernidas por la ley al organismo de control externo no se hallan concebidas para resguardar el interés de la sociedad sino el interés general[1209].

Es importante también destacar que la Inspección General de Justicia carece de atribuciones como para disponer por sí la intervención de una sociedad, ya que sus facultades se limitan, cuando se presentan los casos previstos por la ley 19.550, en pedir esa medida al juez competente, ante la existencia de graves irregularidades en la administración de la sociedad. Frente a tales casos, la autoridad de control deberá fundar, en su resolución correspondiente, las causales que motivarán la presentación judicial, y su intervención tendrá por objeto remediar las causas que la motivaron, y si ello no fuere posible, su disolución y liquidación (art. 303 de la ley 19.550).Cabe recordar que como las facultades de la Inspección General de Justicia no se hallan concebidas para resguardar el interés de la sociedad, sino el interés general, no es por ello dable extremar las exigencias que son propias de las decisiones cautelares.

Recientemente, la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fallo del 26 de septiembre de 2016, en autos "Inspección General de Justicia c/ Austral Construcciones SA s/ medida precautoria", precisó los límites de la facultad de la IGJ de requerir la intervención judicial como acción autónoma, recordando que ella no necesariamente se vincula con la protección de la sociedad o de los accionistas, sino que concierne a la actuación que, en tanto órgano estatal encargado de la fiscalización externa de las sociedades bajo su jurisdicción, tiene facultades que, a efectos de poder llevar a cabo en forma adecuada esa fiscalización, la misma ley le reconoce en el art. 303 inc. 2º de la ley 19.550.

Se resolvió, en ese precedente, y para diferenciar la intervención judicial prevista por los arts. 113 a 117 de la ley 19.550 con aquella prevista por el art. 303 de la misma ley, que los requisitos de procedencia de la intervención judicial de las sociedades comerciales no resultan aplicables cuando la intervención se funda en lo dispuesto por el art. 303 inc. 2º de la ley 19.550, pues se trata de un supuesto especial y diferente al previsto en aquellas normas de la LGS, pues estas normas tienen el carácter de una medida precautoria dictada en beneficio de la sociedad misma, a pedido de socios o accionistas y es paralela a un proceso de remoción de administradores, mientras que en el caso del art. 303, constituye en sí misma una acción —para la cual el legislador no ha establecido procedimiento de ninguna especie— que tiene características especiales, ya que

se inicia por pedido del órgano de control en resguardo del interés público. Por lo tanto, no se podría pedir a la Inspección General de Justicia que acredite haber promovido acción de remoción o que demuestre la calidad de socio que no tiene, como tampoco le es exigible haber agotado los recursos internos[1210].

§ 2. La declaración de irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos de los actos sometidos a fiscalización de la Inspección General de Justicia

La ley 22.315 enumera en su art. 6º, las facultades que goza la Inspección General de Justicia a los fines de realizar eficazmente la función fiscalizadora que dicha normativa le impone sobre las sociedades por acciones, las sociedades constituidas en el extranjero, las entidades que realizan operaciones de capitalización y ahorro y las asociaciones civiles y fundaciones.

Dispone el art. 6º de la ley 22.315, entre las funciones con que cuenta el Organismo de Control, que para el ejercicio de las función fiscalizadora, la Inspección General de Justicia tiene las facultades siguientes, además de las previstas para cada uno de los sujetos en particular: (...) f) Declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, al estatuto o a los reglamentos".

En ejercicio de tales atribuciones, es frecuente que la Inspección General de Justicia declare tal consecuencia a determinados libros sociales y contables cuya rúbrica presente irregularidades[1211]; a asambleas o reuniones de socios en las sociedades comerciales[1212], de entidades civiles[1213]; a un acto eleccionario en estas últimas[1214], a una reunión de la comisión directiva de una asociación civil5[1215]y en general, como dispone aquella norma, a todos los actos que presenten graves irregularidades, en la medida que ellos se encuentren comprendidos dentro de los actos sometidos a su fiscalización.

La declaración de irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos puede ser declarada de oficio o ante una denuncia presentada por un particular interesado, en tanto el inc. c) del art. 6º de la ley 22.315 autoriza a la Inspección General de Justicia a recibir y sustanciar denuncias de los interesados que promuevan el ejercicio de sus funciones de fiscalización (art. 476 a 489 de la resolución general 7/2015).

El alcance de la declaración de irregularidad e ineficacia a los fines administrativos no es un concepto sobre el cual exista uniformidad en la jurisprudencia, pues resulta evidente que tal facultad no puede implicar ni tener los efectos de una declaración de nulidad, la cual es resorte exclusivo de los jueces y ajena a la órbita de las facultades del organismo de control[1216]. Por otro lado, no debe olvidarse que el art. 303 de la ley 19.550 autoriza a la Inspección

General de Justicia para solicitar al juez del domicilio de la sociedad competente en materia comercial, entre otras medidas, la suspensión de las resoluciones de sus órganos, cuando las mismas fueren contrarias a la ley, el estatuto o reglamento, de manera que es conclusión forzosa que el referido organismo carece de toda posibilidad de declarar nulidades, cualquiera fuere la naturaleza de ellas7[1217]y, en caso de considerar necesaria su declaración, por razones de interés público (arts. 299 y 301, inc. 2º de la ley 19.550), deberá necesariamente recurrir al ámbito judicial[1218].

Sin embargo, y en lo que atañe exclusivamente a las relaciones que tiene la Inspección General de Justicia con las entidades sometidas a su control, mal podría dicho Organismo cumplir con el poder de policía o el control de legalidad que le asiste, si no tuviera en sus manos un instrumento legal que le permitiera, dentro de ese exclusivo ámbito, privar al acto cuestionado de los efectos que le son propios, y de allí que la "declaración de irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos" constituya el remedio con que cuenta el organismo de control a los fines de salvaguardar la absoluta corrección de todos los actos sometidos a su fiscalización, así como el cumplimiento de las disposiciones estatutarias de los sujetos de derecho controlados por aquel.

Como bien ha sido sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tales potestades exhiben, como fundamento suficiente, el reconocimiento de facultades jurisdiccionales que, desde principios del siglo XX, la doctrina y jurisprudencia anglosajona ha otorgado a determinados órganos administrativos y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia constituye instrumento apto para resguardar en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social[1219].

De manera tal que los tribunales argentinos, desde antiguo, y siguiendo la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, han declarado la validez de resoluciones emanadas de organismos administrativos con potestades "cuasi jurisdiccionales", resolviendo nuestro más alto tribunal que es compatible con la Constitución Nacional la creación de órganos, procedimientos y jurisdicciones especiales, de índole administrativa, destinados a hacer más efectiva y expedita la tutela de los intereses públicos, habida cuenta de la complejidad de las funciones asignadas a la Administración[1220].

Tal reconocimiento a favor de los organismos administrativos, que la Corte Suprema de Justicia en el conocido caso "Fernández Arias Elena" se ocupó muy bien de destacar, no importa reconocer una determinada concepción del Estado, sino que constituye uno de los modos universales de responder, pragmáticamente, al "premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo", más lo hizo, luego de establecer, con particular énfasis, que la validez de los procedimientos administrativos se hallan supeditadas al requisito de que las leyes pertinentes dejaran expedita la instancia judicial posterior. En este sentido, se asignó valor esencial a la circunstancia de haberse previsto "oportunidad para que los jueces revisen el pronunciamiento administrativo", estimándose imprescindible el otorgamiento del "recurso o curso subsiguiente

ante los jueces del Poder Judicial", en la inteligencia que, a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente con los derechos y garantías constitucionales[1221].

Así lo reconoció también la misma jurisprudencia administrativa emanada de la Inspección General de Justicia, entendiendo al respecto que si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la actuación de cuerpos administrativos con facultades jurisdiccionales, pero supeditando la validez de las mismas al requisito de que las leyes pertinentes dejen expedita la instancia judicial posterior, a los fines de soslayar la objeción que pudiera surgir del art. 95 de la Constitución Nacional[1222].

Siguiendo estrictamente tales pautas, el legislador de 1980 (ley 22.315), previó expresamente la facultad de la Inspección General de Justicia de declarar la ineficacia e irregularidad de un acto sometido a su fiscalización en su art. 6º, inc. f) —el cual constituye una cuestión justiciable en sede administrativa— en tanto se encuentre habilitada posteriormente la vía judicial, mediante el recurso de apelación previsto en el art. 16 de dicho cuerpo legal.

Aclarado lo expuesto, puede afirmarse, al menos como principio general, que la facultad prevista por el art. 6º inc. f) de la ley 22.315 se funda en el poder de policía que tiene la Inspección General de Justicia en torno al control del funcionamiento de las entidades sometidas a su fiscalización, pues mal podría cumplir ese cometido, si no tuviera en sus manos un mecanismo legal que le permitiera dejar sin efecto —al menos dentro del ámbito de sus relaciones con la entidad infractora— el acto sometido a su control y debiera someter la ejecutividad de sus decisiones a una posterior decisión de los tribunales judiciales.

De manera tal que la Inspección General de Justicia podrá declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos, los actos sometidos a su fiscalización, cuando ellos sean contrarios a la ley, los estatutos, o sus reglamentos, resultando de suma importancia destacar que tales facultades no se limitan al mero control formal de tales actos o actuaciones, sino que alcanza igualmente al negocio sustancial o al objeto para el cual dicho acto fue celebrado, pues tanto en el ejercicio del poder de policía que le es propio, como en torno a las facultades que la legislación sustancial le concede en torno al control de legalidad de los actos cuya inscripción le ha sido encomendado (art. 34 del Cód. de Comercio, arts. 6º y 167 de la ley 19.550 y art. 7º de la ley 22.315), el referido organismo tiene el deber de actuar positivamente a los fines de evitar los conflictos que pudieran suscitarse con posterioridad como consecuencia de los vicios que afectan a dicho acto[1223].

Ello se advierte con toda nitidez tratándose de sociedades comerciales, en las cuales la intensidad en la forma como la Inspección General de Justicia debe ejercer sus funciones, en especial en torno al control de legalidad que caracteriza su accionar como encargado del Registro Público, es precisamente lo que distingue sus facultades en comparación con otros registros, en donde sus facultades solo se extienden al contenido del documento sometido a registración o simplemente implican un análisis formal del éste.

Basada precisamente en los vastos alcances del control que tiene a su cargo la Inspección General de Justicia, que se funda precisamente en el interés de la comunidad y en la protección de los terceros, este organismo dictó la resolución general 9/2005 — enmarcada dentro de la normativa elaborada a los fines de desalentar la operatoria off shoring en nuestro país a través de entidades ficticias y simuladas—, según la cual la Inspección General de Justicia no hará lugar a las inscripciones en el Registro Público o en su caso, declarará irregulares e ineficaces a los efectos administrativos a las resoluciones adoptadas por una asamblea o reunión de socios de una sociedad local, en las cuales hayan participado ejerciendo derechos de voto las sociedades constituidas en el extranjero que no hayan cumplido con las presentaciones requeridas por la Res. gral. IGJ 7/2003.

En principio, la declaración de irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos de un determinado acto supone el desconocimiento de todos los efectos que implica la presentación de ese acto ante el organismo de control, ya fuese la registración o la mera presentación de documentos.

Tal consecuencia resulta diferente según cual fuera la naturaleza de la persona jurídica sobre la cual recae la declaración de irregularidad e ineficacia. Tratándose de una entidad civil sometida a la fiscalización de la Inspección General de Justicia (art. 10 de la ley 22.315), tal declaración privará de todo efecto al acto colegial cuya autorización se requiera del organismo de control y en tal sentido, el art. 429 de las Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia (res. gral. 7/2005) es lo suficientemente elocuente, en cuanto dispone que la declaración de irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos, priva a las decisiones asamblearias de efecto respecto a la Inspección General de Justicia y son inoponibles a y entre los asociados y miembros de los órganos de administración y fiscalización, no pudiendo tampoco ser opuestas a terceros.

En materia de sociedades comerciales, los efectos de la declaración de irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos son de menor intensidad, habida cuenta lo dispuesto por los arts. 12 y 60 de la ley 19.550, toda vez que, conforme dichas normas y su interpretación por nuestra doctrina y jurisprudencia, los actos emanados del órgano de gobierno de la sociedad no inscriptos en el Registro Público son inoponibles a terceros, pero pueden ser invocados en las relaciones entre los socios y la sociedad, salvo que se trate de los actos de reorganización societaria previstos en los arts. 74 a 88 de la ley 19.550 (transformación, fusión y escisión, en todas sus variantes), en cuyo caso, la inscripción en el registro mercantil a cargo de la Inspección General de Justicia tiene efectos constitutivos.

Con otras palabras, la declaración que autoriza el inc. f) del art. 6º de la ley 22.315 priva de los efectos propios que la actuación del organismo de control pueda otorgar a un determinado acto, efectos cuya intensidad, como hemos dicho, son diferentes según cual fuere la persona jurídica de quien emanan tales actuaciones, pero nunca supone la nulidad de los mismos, para lo cual, si la Inspección General de Justicia entiende que existen motivos suficientes para privar a ese acto de todo efecto, trascendiendo las relaciones existentes entre la sociedad y la autoridad de control, puede promover las acciones de nulidad ante

el tribunal judicial correspondiente, facultad que solo procederá cuando exista un interés público comprometido (art. 301 de la ley 19.550).

Esta interpretación surge también de lo dispuesto por el art. 24 del decreto 1493/1982, reglamentario de la ley 22.315, en cuanto dispone que la declaración de la irregularidad o de la ineficacia a los efectos administrativos de los actos sometidos a la fiscalización de la Inspección General de Justicia, cuando sean contrarios a la ley, a los estatutos, contratos o reglamentos —sin perjuicio de las sanciones previstas en las leyes 19.550 y 22.315 en su caso— facultará a solicitar al juez del domicilio de la sociedad la suspensión de las resoluciones de los órganos sociales, la intervención de la sociedad o su disolución y liquidación. En caso de asociaciones civiles y fundaciones, la solicitud se interpondrá ante el Ministerio de Justicia".

De modo tal que la declaración de irregularidad e ineficacia por parte de la Inspección General de Justicia, si bien no tiene los efectos de una nulidad, priva al acto de toda posibilidad de invocación —en el caso de las entidades civiles— y de publicidad sustancial —tratándose de sociedades comerciales— y ello no es una consecuencia que carezca de importancia. Por tales razones, no coincidimos con cierta jurisprudencia emanada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que, restringiendo inadmisiblemente las facultades de la Inspección General de Justicia[1224], ha predicado que la consecuencia de la irregularidad e ineficacia prevista por la ley 22.315, esto es, la nulidad del acto, debe ser declarada por el magistrado en un proceso judicial, por cuanto entendemos que la facultad prevista por el art. 6º inc. f) de dicha normativa tiene efectos que le son propios y no necesita declaración judicial adicional para privar a ese acto de toda consecuencia a los fines administrativos. Por ello adhiero al criterio de ese mismo tribunal, bien que algunos años después, expuesto en el caso "Valverde Hipólito c/ Erber Sociedad Anónima y otros s/diligencia preliminar", del 16 de octubre de 2005, en donde se sostuvo, con total acierto, que si bien la ineficacia administrativa decretada por el Inspector General de Justicia puede tener efectos en la publicidad del acto frente a terceros, con prescindencia, a priori, de sus consecuencias en relación al desenvolvimiento interno de las decisiones asamblearias cuestionadas, no es menos cierto que tal decisión, emanada del órgano de control societario, importa un proceder relevante cuyas consideraciones no merecen ser soslayadas sin más.

Hemos ya sostenido que la declaración por parte de la autoridad de control de la irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos puede ser declarada como consecuencia de una denuncia presentada por parte interesada o en oportunidad de ejercer el control de legalidad sobre los actos sometidos a su fiscalización o su registración, de manera tal que no existe obstáculo que, aún cuando no medie denuncia presentada, la Inspección General de Justicia declare la sanción prevista por el art. 6º inc. f) de la ley 22.315, como consecuencia del informe presentado por los funcionarios de ese organismo a quienes se le encomendó la asistencia a un determinado acto y la presentación del correspondiente informe sobre su celebración. Al respecto, el art. 164 de la resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, requiere del inspector de justicia a quien se le haya encomendado su asistencia a una asamblea o a una reunión de directorio que, entre otros datos, dictamine sobre la configuración de supuestos

de irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos, en cuyo caso se deberá formar actuaciones separadas, para su posterior resolución por el Inspector General de Justicia.

¿Quiénes se encuentran facultados para requerir de la Inspección General de Justicia la declaración de irregularidad e ineficacia a los fines administrativos?

Sin perjuicio de reiterar que esa declaración puede ser efectuada de oficio por el organismo de control, cuando se trata de cuestiones de su propia competencia, por formar parte de las funciones que le son propias, tal declaración puede ser requerida por todo aquel que exhibe un interés legítimo para hacerlo y en tal sentido ha sido admitido como sujeto legitimado a tal efecto a los socios de una asociación civil[1225], los adherentes de agrupaciones internas de un club deportivo[1226], el accionista que fue impedido de participar en una asamblea de una sociedad anónima[1227], siempre y cuando tal actuación no lo ponga en contradicción con actos anteriores, al haber participado, sin formular objeciones, en el acto cuya declaración de ineficacia luego reclama[1228].

La declaración de irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos puede ser declarada por la autoridad de control, aún cuando el acto sobre el cual recae dicha sanción haya sido inscripto con anterioridad a su denuncia, pues como es sabido, la inscripción de documentos en el Registro Público de Comercio carece de efectos saneatorios o validatorios de eventuales vicios (art. 41 de la resolución general IGJ 7/2015).

¿Es requerible la existencia de daño, para que la Inspección General de Justicia declare la irregularidad e ineficacia a los fines administrativos, de un acto sometido a su fiscalización?

A pesar de la existencia de cierta jurisprudencia que lo requiere, entiendo que la existencia de daño no es requisito necesario para la operatividad de la medida prevista en el art. 6º, inc. f) de la ley 22.315. Así lo decidió la Inspección General de Justicia por resolución particular 157/1999 en el caso "Club Universitario de Arquería", del 2 de marzo de 1999[1229], con el argumento de que, a los fines de la procedencia de la declaración de irregularidad, debe existir un efectivo daño causado, pues no puede declararse la irregularidad por la irregularidad misma, toda vez que las atribuciones concedidas a la autoridad de control deben ser ejercitadas en forma prudencial, no procediendo aquella declaración, de no existir un daño irreparable.

Sin embargo, la existencia de un efectivo daño, que es presupuesto imprescindible para la promoción de acciones resarcitorias, no es requisito exigible a la autoridad de control cuando se trata del ejercicio de sus propias facultades, reconocidas por la ley (22.315) en salvaguardad de la absoluta corrección de todos los actos societarios, el cumplimiento de las disposiciones estatutarias y particularmente, como ha sido dicho en otro precedente administrativo[1230], de los principios de respecto a los derechos de todos los socios o asociados. Por otro lado y a diferencia lo expuesto por la autoridad de control en el caso "Club Universitario de Arquería", al que nos hemos referido en el párrafo precedente, no se trata de la declaración de la irregularidad por la

irregularidad misma, pues la trascendencia de las funciones asignadas a la Inspección General de Justicia, en orden a la regularidad del funcionamiento de las entidades sometidas a su fiscalización permiten concluir que, a los fines de la operatividad del recurso previsto en el art. 6º, inc. f) de la ley 22.315 resulta suficiente la mera trasgresión a la ley, estatuto o reglamento, pues ese solo hecho resulta susceptible de producir perjuicios. No debe olvidarse finalmente que el conocido principio de la "nulidad por la nulidad misma" no es procedente cuando se trata, como en el caso, de relaciones sustanciales, sino que solo es aplicable en el derecho procesal, a tenor de lo dispuesto por el art. 172 del referido ordenamiento[1231].

Si bien resulta claro que la Inspección General de Justicia solo tiene facultades para declarar la irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos solo respecto a los actos sometidos a su fiscalización, no siempre tales extremos se presentan en la práctica con una nitidez tal que permitan deslindar cuando una determinada actuación cae dentro o fuera de la competencia de la autoridad de control.

La elucidación de esa cuestión requiere recordar algunos conceptos que, en materia de control externo de las sociedades comerciales, prevé la ley 19.550, pues mientras que, con respecto a las sociedades incluidas dentro del art. 299 de la ley 19.550, la Inspección General de Justicia tiene el control de su constitución y funcionamiento, de modo tal que, en esta clase de sociedades, la injerencia de dicho organismo resulta mucho más amplia, en tanto que dentro del referido "control de funcionamiento" deben quedar obviamente comprendidos la totalidad de los actos celebrados por todos los órganos de la sociedad.

No sucede lo mismo con aquellas sociedades que en la práctica societaria cotidiana se denominan como "sociedades anónimas cerradas o de familia", que, como es sabido, representan más del 99 por ciento de las sociedades anónimas que intervienen, de una manera u otra, en el tráfico mercantil de nuestro país y sobre las cuales, a tenor de lo dispuesto por el art. 300 de la ley 19.550 la Inspección General de Justicia tiene solo el control de su contrato constitutivo, sus reformas y variaciones de capital, norma cuya insuficiencia llama la atención, en tanto una interpretación exegética de la misma, incompatible con la finalidad del control externo instituido por la ley 19.550, de evidente orden público, podría descartar la injerencia de dicho organismo en todos aquellos actos societarios que no implican modificación de los estatutos o celebrados durante la etapa de liquidación del ente, lo cual constituye un verdadero despropósito en estas épocas que corren, donde el negocio societario se utiliza para cualquier cosa y con cualquier fin.

Precisamente, para salvar las lagunas que exhibe el referido art. 300 de la ley 19.550, la jurisprudencia administrativa de la Inspección General de Justicia ha interpretado en forma amplia lo dispuesto por el art. 301 de la referida ley, declarando la irregularidad e ineficacia a los fines administrativos de un acto asambleario cuando se impidió a un accionista, cuya titularidad accionaria superaba el porcentaje previsto en el inc. 1º de dicha norma, participar en un acto asambleario, sin una razón objetiva, fundada y comprobada, frustrándosele el ejercicio de sus derechos de información, deliberación y voto, todos ellos

derechos inderogables de los accionistas que no pueden ser objeto del menor menoscabo[1232]y en el mismo sentido, fundado en lo dispuesto en el segundo inciso del art. 301 —cuando la Inspección General de Justicia considere necesario extender el control de funcionamiento, por resolución fundada y en resguardo del interés público— nuestros tribunales han admitido la procedencia de la medida prevista en el art. 6º inc. f) de la ley 22.315 cuando las irregularidades contables son de tal naturaleza que implican el incumplimiento de las disposiciones más elementales que consagran la ley de fondo, aún cuando la sociedad infractora no se encuentre comprendida en lo dispuesto por el art. 299 de la ley 19.550, pues ellas actúan en el comercio y frente a terceros, los que resultan en tales casos destinatarios del control que el Estado ejerce a través del organismo administrativo[1233].

Un análisis de la jurisprudencia administrativa y judicial nos revela que la facultad con que cuenta el Organismo de Control para hacer uso del remedio previsto por el art. 6º, inc. f) de la ley 22.315 ha sido admitida en diferentes supuestos, que, sin pretender agotar la jurisprudencia de la Inspección General de Justicia dictada en la materia en análisis, estimo de utilidad reseñar a continuación:

a) Cuando la asamblea de una asociación civil incurrió en omisiones formales o en una indebida interpretación del reglamento de la institución[1234].

b) Cuando además de los cuestionamientos efectuados en torno a la convocatoria, quórum, celebración y votación en una asamblea de socios de una asociación civil, sus decisiones resultaron violatorias del estatuto de la entidad y de los principios generales del derecho, así como de principios básicos de la naturaleza de la institución[1235].

c) Cuando en oportunidad de celebrarse una asamblea de accionistas, las autoridades de la sociedad anónima no exhibieron los libros de actas de directorio ni el libro inventario y balances; no se hicieron las publicaciones de ley ni se exhibieron las comunicaciones previstas por el art. 238 de la ley 19.550[1236].

d) Cuando se computó en la asamblea cuestionada un capital social que no se corresponde con el verdadero capital que tiene la sociedad anónima[1237].

e) Tratándose de un aumento del capital social que fuera ejecutado mediante efectivas aportaciones de los socios y aprobado por la mayoría sin el menor fundamento sobre su necesidad[1238].

f) Cuando se observó la existencia de dos actas de la misma asamblea, de contenido diferente[1239].

Por el contrario, nuestros tribunales no han aceptado el ejercicio de la prerrogativa prevista en el art. 6º, inc. f) de la ley 22.315 por parte de la Inspección General de Justicia cuando se trataba de conflictos planteados entre particulares, por no tratarse de actos sometidos a su fiscalización[1240]y por esta misma razón se revocó una decisión de la autoridad de control, que había declarado la irregularidad e ineficacia a los fines administrativos de determinadas resoluciones del directorio de una sociedad anónima, en el marco de un

procedimiento de convocatoria administrativa a una asamblea de accionistas (art. 236 de la ley 19.550)[1241].

Basándose precisamente en todos esos antecedentes jurisprudenciales y teniendo en consideración la orfandad legislativa existente en nuestro país en materia de asociaciones civiles, que reclama con toda urgencia una ley que la reglamente en todos sus aspectos, la resolución general 7/2015 de la Inspección General de Justicia, han establecido, a mero título ejemplificativo, algunos supuestos que justifican la declaración de irregularidad e ineficacia a los fines administrativos, en materia de asociaciones civiles. Dispone al respecto el art. 428 de dicha resolución general que "La convocatoria, celebración y resoluciones de las asambleas de las asociaciones civiles, podrán ser declaradas ineficaces o irregulares a los efectos administrativos por la Inspección General de Justicia en los siguientes supuestos:

1. Si las asambleas fueron celebradas en violación de los requisitos establecidos por la ley, los estatutos o los reglamentos, para su convocatoria o realización.

2. Si en relación con actos electorales, la violación de estipulaciones estatutarias impidió a los interesados presentar, en tiempo y forma, la lista de candidatos para su oficialización.

3. Si su realización se originó en la indebida interpretación y aplicación de disposiciones estatutarias fijadas por parte de la comisión directiva.

4. Si se aprobaron resoluciones en violación de normas sobre quórum y mayorías.

5. Si las decisiones adoptadas fueron contrarias a la ley, el estatuto o los reglamentos.

6. Si por su objeto las decisiones adoptadas fueron lesivas del orden público.

Del mismo modo, y tratándose de sociedades comerciales, el art. 164 de la aludida resolución, prevé la posibilidad de que la Inspección General de Justicia pueda declarar la irregularidad e ineficacia de una asamblea de accionistas o reunión de directorio, cuando se haya impedido u obstruido en forma parcial o total la actuación o presencia del inspector de justicia, o la presencia de escribano público, taquígrafo, traductor o intérprete requerida a su costa por cualquiera de los asistentes a esos actos, sin perjuicio de otras sanciones previstas en esa misma disposición legal.

Finalmente, corresponde recordar que, conforme lo dispuesto por el dec. 1493/1982, reglamentario de la ley 22.315, el pedido de declaración de irregularidad e ineficacia requerido a la Inspección General de Justicia por vía de denuncia, no puede coexistir con la acción judicial promovida por el mismo actor, tendiente a la obtención de la declaración de invalidez del mismo acto o actuación. Sostiene al respecto el art. 22 de dicho ordenamiento que "Cuando con respecto a una denuncia en trámite exista, por las mismas causales, trabada

litis judicial, se paralizará de oficio toda actuación administrativa, mientras en la causa no haya recaído sentencia definitiva o interlocutoria que haga sus veces".

Sin embargo, tal norma no rige cuando la Inspección General de Justicia entiende procedente hacer uso de las referidas facultades, ante una comprobada actuación violatoria de la ley, estatuto o reglamento. En tal supuesto, la existencia de una causa judicial en donde se debata la validez del referido acto no inhibe a la autoridad de control de actuar de oficio, toda vez que la disposición del art. 22 del dec. 1493/1982 exige, como requisito para la operatividad de la norma, la existencia de una denuncia en trámite.

Art. 302.—

Sanciones. La autoridad de control, en caso de violación de la ley, del estatuto o del reglamento, puede aplicar sanciones de:

1) Apercibimiento;

2) Apercibimiento con publicación;

3) Multas a la sociedad, sus directores y síndicos.

Estas últimas no podrán ser superiores a $ 60.000.000 en conjunto y por infracción y se graduarán según la gravedad de la infracción y el capital de la sociedad. Cuando se apliquen a directores y síndicos, la sociedad no podrá hacerse cargo de ellas.

Se faculta al Poder Ejecutivo, para que, por intermedio del Ministerio de Justicia, actualice semestralmente los montos de las multas, sobre la base de la variación registrada en el índice de precios al por mayor, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. [Texto según ley 22.182]

CONCORDANCIAS: LSC: art. 307; ley 22.315: art. 12. Resolución general IGJ 7/2015, arts. 25, 26, 27, 29, 30. LSC Uruguay: art. 412.

§ 1. Régimen de sanciones. Responsabilidad de los directores y síndicos

En el ejercicio de las facultades previstas por los arts. 299 y 301 de la ley 19.550, la autoridad de control, en caso de violación de la ley, estatuto o reglamento, puede aplicar las siguientes sanciones:

a) Apercibimiento.

b) Apercibimiento con publicación.

c) Multas a la sociedad, sus directores y síndicos, las cuales no excederán la suma de pesos 100.000[1242]en conjunto y por infracción y el capital de la sociedad. Al respecto, y teniendo en consideración el constante proceso de desvalorización monetaria que existía, la ley 22.182 facultó al Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Justicia, para actualizar semestralmente los montos de las multas, sobre la base de la variación registrada en el índice de precios al por mayor, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, que hoy asciende a la suma de pesos 35,56 (según res. 601/1988 de la Secretaría de Justicia).

La aplicación de las sanciones a que se refiere el art. 302 de la ley 19.550 es una importante herramienta con que cuenta la Inspección General de Justicia a los fines de obtener de los administradores y a los síndicos de las sociedades por acciones, el mejor cumplimiento de sus funciones, en aras del normal funcionamiento de la sociedad. Las sanciones allí previstas no son optativas para la autoridad de control, sino que son de aplicación gradual, en el sentido de que ellas deben ser impuestas atendiendo a un criterio razonablemente gradual que de sentido al poder disciplinario con que goza la Inspección General de Justicia.

Ha dicho la jurisprudencia al respecto que el art. 302 establece un régimen de sanciones que parten del apercibimiento, pasan por el apercibimiento con publicación para llegar a la multa, la cual a su vez debe ser graduada de acuerdo a la gravedad de la infracción y al capital de la sociedad[1243].

En forma concordante con lo dispuesto por el art. 30 de la ley 19.550, el art. 12 de la ley 22.315 faculta a la Inspección General de Justicia a aplicar sanciones a los administradores, síndicos y a toda persona o entidad que no cumpla con su obligación de proveer información, suministre datos falsos o que de cualquier manera, infrinja las obligaciones que le impone la ley, el estatuto o los reglamentos, o dificulte el desempeño de sus funciones.

Debe repararse en que el art. 302 de la ley 19.550 prevé expresamente que, cuando la multa se aplique a los directores y síndicos, la sociedad no puede hacerse cargo de ella, aun cuando mediare expresa autorización del órgano de gobierno de la misma, pues la sanción apunta a aquellos y no al patrimonio societario. El pago de la multa impuesta a un director o a un síndico con fondos sociales constituye justa causa de remoción de su cargo.

La jurisprudencia administrativa de la Inspección General de Justicia es muy rica en casuística y ha recurrido permanentemente al régimen sancionatorio previsto por el art. 302 de la ley 19.550 y art. 12 de la ley 22.315 a los fines del cumplimiento del poder de policía que ejerce sobre el funcionamiento de la

sociedad, o para lograr el cumplimiento de las cargas y obligaciones que la legislación impone cumplir a las entidades sometidas al control del referido organismo.

A mero título de ejemplo, se han impuesto sanciones, sin resultar necesaria intimación o requerimiento previo, a los directores de una sociedad anónima por la falta de presentación en término de la documentación que acredite la celebración de las asambleas anuales[1244]; por la falta de respuesta del presidente del directorio de la sociedad a las intimaciones cursadas por la Inspección General de Justicia[1245]; por la actuación de uno o más directores que no permitieron el ingreso de un Inspector de Justicia al domicilio social a los fines de fiscalizar o desarrollo de una asamblea o cumplir con la actividad fiscalizadora[1246]; por la mutilación del libro de actas de asambleas[1247]; por el atraso en las registraciones del libro diario, la falta de presentación de los balances correspondientes a ejercicios ya vencidos y la omisión de responder las observaciones efectuadas por la IGJ[1248]: Del mismo modo, fue impuesto a la sociedad, los directores y síndico, en forma solidaria e ilimitada, una multa por no presentar a la autoridad de control los estados contables referidos en el art. 67 de la ley 19.550[1249]; e igual sanción se impuso, entre otros muchos supuestos al presidente del directorio de una sociedad anónima que, en forma contumaz, se negó a acompañar a la asamblea convocada por la Inspección General de Justicia los libros sociales y contables de la entidad, obstaculizando la celebración del acto[1250]etc.

Art. 303.—

Facultad de la autoridad de control para solicitar determinadas medidas. La autoridad de control está facultada para solicitar al juez del domicilio de la sociedad competente en materia comercial:

1) La suspensión de las resoluciones de sus órganos, si las mismas fueren contrarias a la ley, el estatuto o el reglamento;

2) La intervención de su administración en los casos del inciso anterior cuando ella haga oferta pública de sus acciones o debentures, o realice operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requiera dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros y en el supuesto del art. 301, inc. 2.

La intervención tendrá por objeto remediar las causas que la motivaron, y si no fuere ello posible, disolución y liquidación;

3) La disolución y liquidación en los casos a que se refieren los incs. 3º, 4º, 5º, 8º y 9º del art. 94 y la liquidación en el caso del inc. 2º de dicho artículo.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 94, 113 y ss., 236, 251, 252; ley 22.315: resolución general IGJ 7/2015, art. 31; LSC Uruguay: art. 411.

§ 1. Facultad de la autoridad de control para solicitar determinadas medidas en sede judicial

Dentro de las facultades de la Inspección General de Justicia, relacionadas tanto con las sociedades comprendidas en el art. 299 de la ley 19.550, como para las sociedades excluidas del control estatal permanente, pero incluidas en los supuestos previstos por el art. 301, la autoridad de control puede solicitar al juez competente en materia comercial del domicilio de la sociedad, la suspensión de las resoluciones de sus órganos, la intervención de su administración, e incluso, en determinados supuestos, la disolución y liquidación de la misma. Examinaré los tres supuestos separadamente:

1. En cuanto a la suspensión de las resoluciones de sus órganos, cuando ellas fueren contrarias a la ley, el estatuto o el reglamento, a que se refiere el inc. 1º de la norma en análisis, no puede dejar de lamentarse su pésima redacción, pues técnicamente hablando, el término "suspensión" de resoluciones sociales se refiere a la medida cautelar prevista por el art. 252 de la ley 19.550, que dispone la posibilidad de suspender la ejecución de las decisiones asamblearias atacadas de nulidad en los términos del art. 251. Parece evidente sostener que, en el caso, cuando la ley 19.550 se refiere a la suspensión de tales acuerdos, no lo hace en el sentido de la referida medida cautelar, que se halla indudablemente comprendida entre sus facultades, sin someterse al requisito de la contracautela[1251], sino con los alcances indicados en el art. 251 de la misma, que legitima a la autoridad de control para impugnar de nulidad las decisiones asamblearias contrarias a la ley, el estatuto o reglamento.

Una interpretación literal de la norma es insostenible, pues carece de todo sentido sostener que la Inspección General de Justicia pueda requerir judicialmente una medida cautelar sin promover la correspondiente acción de fondo, sin cuya existencia, aquella precautoria carece de todo sentido.

Oportuno es advertir también que el inc. 1º del art. 303 de la ley 19.550 va incluso más allá de la disposición del art. 251, pues como emerge de su texto, la autoridad de control puede incluso solicitar la nulidad de las decisiones del directorio, toda vez que el inc. 1º del art. 303 no distingue entre las resoluciones del órgano de administración y el órgano de gobierno, dando una importante pauta para interpretar, como lo hace la doctrina mayoritaria y la casi totalidad de la jurisprudencia de nuestros tribunales comerciales, que el legislador ha receptado la posibilidad de impugnar las decisiones del directorio de una sociedad anónima.

La atribución concedida por el art. 303, inc. 1º, de la ley 19.550, aun cuando puede complementarse, no debe ser confundida con aquella prevista por el art. 6º, inc. f) de la ley 21.315, que autoriza a la Inspección General de Justicia a declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, el estatuto o reglamento. Como hemos ya señalad, la declaración de irregularidades solo significa que la autoridad de control no tendrá por válida la asamblea en su totalidad, o la resolución asamblearia impugnada, negando su inscripción en el Registro Público, con la consecuencia prevista por el art. 12, de la ley 19.550[(1252)], y si bien ello puede dar lugar al organismo de control, a requerir al juez competente las medidas autorizadas por el art. 303, LSC, la declaración de irregularidades al efecto administrativo no puede llevar como consecuencia la declaración de nulidad, lo que se halla fuera de la órbita de la autoridad de control[(1253)]y reservada exclusivamente a una sentencia definitiva dictada en sede judicial.

2. En lo que se refiere al pedido de intervención de la administración de las sociedades sometidas a su fiscalización, los desaciertos del legislador no son menos graves, pues interpretando literalmente el inc. 2º del art. 303, parecería que esta medida cautelar se reserva solo como complemento de la demanda de impugnación de las resoluciones de los órganos de la sociedad, cuando las mismas sean contrarias a la ley, el estatuto o reglamento, lo cual carece de todo sentido, si se recuerda que la medida cautelar específica de las acciones de impugnación de asambleas lo constituye la suspensión de su ejecución. Resulta mucho más congruente sostener que la Inspección General de Justicia puede requerir la intervención judicial de la sociedad sometida a su fiscalización permanente, en los casos previstos por los arts. 299 y 301 de la ley 19.550, cuando se dan los supuestos previstos por el art. 113, interpretación que salta a la vista.

Ahora bien, y siempre interpretando literalmente lo dispuesto por el art. 303 segundo párrafo de la ley 19.550, todo parecería indicar que la intervención de la administración de la sociedad estaría reservada a las sociedades anónimas que hagan oferta pública de sus acciones o debentures, realice operaciones de capitalización, ahorro, o en cualquier forma requiera dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros, o cuando lo considere necesario, según resolución fundada en resguardo del interés público comprometido, conforme lo dispone expresamente el inc. 2º del art. 301, lo cual también resulta incomprensible, porque no se entienden las razones por las cuales la autoridad de control no puede requerir la intervención judicial de la administración de las compañías que están incluidas en los incs. 2º a 6º del art. 299, debiendo aparentemente permitir la autoridad de control todas las tropelías que puedan realizar los administradores naturales de dichas sociedades, a pesar de los fundamentos que inspiran la actuación de la Inspección General de Justicia en los casos previstos por el art. 299 de la ley 19.550.

Del juego armónico de los arts. 301 y 303 de la ley 19.550, surge que la Inspección General de Justicia solo puede pedir la intervención judicial en las sociedades mencionadas en el inc. 2º de la norma en análisis o cuando, por expresa remisión al art. 301 inc. 2º, este Organismo lo considere necesario, según resolución fundada y en resguardo del interés público comprometido en el

caso, careciendo la Inspección General de Justicia de la facultad de solicitar la intervención judicial de la administración de la sociedad, aún cuando ello fuere requerido por accionistas que representen el diez por ciento del capital suscripto o lo requiera cualquier síndico (art. 301 inc. 1º de la ley 19.550).

Sin perjuicio de todo lo expuesto en los párrafos anteriores, la intervención judicial prevista por el art. 303, inc. 2º, supone el desplazamiento de los administradores, desapareciendo por ello el directorio como representante de la sociedad(1254). No puede concebirse en consecuencia que el magistrado limite la intervención a la designación de un veedor o coadministrador, pues ello no se compadece con la finalidad del art. 303 en análisis, que no exige como requisito ineludible la promoción de la acción de remoción, sino remediar las causas que la motivaron y, de no ser ello posible, la disolución y liquidación de la sociedad.

La autoridad de control deberá fundar, en su resolución correspondiente, las causales que motivan la presentación judicial, y su intervención tendrá por objeto remediar las causas que la motivaron, y si ello no fuera posible, su disolución y liquidación.

Debe recordarse que como las facultades de la Inspección General de Justicia no se hallan concebidas para resguardar el interés de la sociedad, sino el interés general, no es por ello dable extremar las exigencias que son propias de las medidas cautelares(1255).

Como lo hemos informado al comentar el art. 301 de la ley 19.550, la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fallo del 26 de septiembre de 2016, en autos "Inspección General de Justicia c/ Austral Construcciones SA s/ medida precautoria", precisó los límites de la facultad de la IGJ de requerir la intervención judicial como acción autónoma, recordando que ella no necesariamente se vincula con la protección de la sociedad o de los accionistas, sino que concierne a la actuación que, en tanto órgano estatal encargado de la fiscalización externa de las sociedades bajo su jurisdicción, tiene facultades que, a efectos de poder llevar a cabo en forma adecuada esa fiscalización, la misma ley le reconoce en el art. 303 inc. 2º de la ley 19.550.

Se resolvió, en ese precedente, y para diferenciar la intervención judicial prevista por los arts. 113 a 117 de la ley 19.550 con aquella prevista por el art. 303 de la misma ley, que los requisitos de procedencia de la intervención judicial de las sociedades comerciales no resultan aplicables cuando la intervención se funda en lo dispuesto por el art. 303 inc. 2º de la ley 19.550, pues se trata de un supuesto especial y diferente al previsto en aquellas normas de la LGS, pues estas normas tienen el carácter de una medida precautoria dictada en beneficio de la sociedad misma, a pedido de socios o accionistas y es paralela a un proceso de remoción de administradores, mientras que en el caso del art. 303, constituye en sí misma una acción —para la cual el legislador no ha establecido procedimiento de ninguna especie— que tiene características especiales, ya que se inicia por pedido del órgano de control en resguardo del interés público. Por lo tanto, no se podría pedir a la Inspección General de Justicia que acredite haber promovido acción de remoción o que demuestre la calidad de socio que no tiene, como tampoco le es exigible haber agotado los recursos internos(1256).

3. Finalmente, la autoridad de control puede asimismo solicitar la disolución y liquidación de la sociedad sometida a su control permanente, cuando haya verificado el cumplimiento de la condición a la que subordinó esta su existencia, la consecución del objeto social para el cual se formó o la imposibilidad sobreviniente de lograrlo, la pérdida del capital social, la reducción a uno del número de socios, o cuando la sociedad haya sido sancionada con el retiro de la oferta pública o de la cotización de sus acciones. En el supuesto de haberse producido la disolución de la sociedad por expiración del término por el cual se constituyó, la autoridad de control podrá demandar judicialmente la liquidación de la misma, porque la disolución ya se había producido, de pleno derecho.

La Inspección General de Justicia ha hecho reiteradamente uso de las facultades previstas por el inc. 3º del art. 303 de la ley 19.550, en especial cuando se trata de una sociedad totalmente inactiva, requiriendo la disolución y liquidación de la misma, decisión que ha sido permanentemente ratificada por la justicia. En tal sentido ha sido resuelto que la omisión de presentar a la autoridad de control los estados contables de la sociedad, la falta de pago de la tasa anual, la falta de localización de los directores de la compañía y la inexistencia de sede social, configura una situación que en doctrina se conoce como la causal de inactividad legal, definida como la inactividad del órgano de gobierno y administración de la entidad, sea por causas internas o externas, imputables o no a dichos órganos y a sus integrantes, que autorizan a la Inspección General de Justicia a requerir la disolución judicial de la sociedad y el nombramiento del liquidador respectivo, en los términos del art. 303 inc. 3º de la ley 19.550[1257].

Dentro de estas facultades, la Inspección General de Justicia ha considerado incluida la posibilidad de requerir la nulidad de una sociedad que realiza actividades ilícitas, por tratarse de actuaciones que provocan la nulidad absoluta del ente (art. 19 de la ley 19.550), pues la existencia de una sociedad de tales características afecta los intereses de la comunidad, el comercio y los terceros, facultad que debe ejercerse siempre que se encuentre acabadamente acreditado la necesidad de actuación de oficio por este organismo[1258].

Art. 304.—

Fiscalización especial. La fiscalización prevista en esta ley es sin perjuicio de la que establezcan leyes especiales.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 299 a 302, 304: leyes 17.811, 20.091, 21.526, 22.315, 22.316.

§ 1. Superposición de controles

El sistema de control externo de sociedades comerciales previsto en la ley 19.550 se complementa con otras disposiciones legales que establecen funciones de vigilancia sobre determinadas sociedades, atendiendo a las actividades que ellas realizan. De tal manera, y entre otros organismos, la Superintendencia de Seguros de la Nación tiene a su cargo la fiscalización de las sociedades que realicen operaciones de seguros (ley 20.091), el Banco Central controla por su parte las entidades que intermedian en la oferta y demanda de recursos financieros (ley 21.526) y la Comisión Nacional de Valores fiscaliza aquellas sociedades que cotizan sus títulos en la Bolsa (ley 17.811) etc.

Esta multiplicidad de controles, que no siempre se excluyen automáticamente, ha merecido severas críticas de la doctrina, al implicar la reiteración innecesaria de actos administrativos de control, con la considerable erogación al erario nacional, amén de los inconvenientes que los trámites burocráticos ocasionan a la sociedad controlada y precisamente, para evitar esa superposición fueron sancionadas, en el año 1980, las leyes 22.315 y 22.316 que unificaron, en la Inspección General de Justicia, el control de los actos constitutivos y modificatorios de las sociedades por acciones, que la ley 19.550 había puesto en manos del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro a cargo del Registro Público, desde la sanción de la ley 14.769 de 1958, previa conformidad de la Inspección General de Personas Jurídicas, cuyo dictamen no obligaba al juez de Registro (art. 167, LSC). Cabe recordar que con esos mismos fundamentos, la ley 22.169 puso en manos de la Comisión Nacional de Valores el control de las sociedades por acciones que hagan oferta pública de sus títulos valores, con excepción del acto constitutivo, a cargo de la Inspección General de Justicia.

Art. 305.—

Responsabilidad de directores y síndico por ocultación. Los directores y síndicos serán ilimitada y solidariamente responsables en el caso de que tuvieren conocimiento de alguna de las circunstancias previstas en el art. 299 y no lo comunicaren a la autoridad de control.

En el caso en que hubieren eludido o intentado eludir la fiscalización de la autoridad de control los responsables serán pasibles de las sanciones que determina el inc. 3º del art. 302.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 299, 302 inc. 3; ley 22.315: art. 12. LSC Uruguay: art. 417.

§ 1. Responsabilidad de los directores y síndicos

El art. 305 de la ley 19.550 sanciona en forma solidaria e ilimitada a los directores y síndicos que tuvieron conocimiento de alguna de las circunstancias previstas por el art. 299 y no lo comunicaron a la autoridad de control. Ello acontecerá cuando una sociedad no sometida a la fiscalización estatal permanente decida emitir debentures (art. 325), alcance el capital social previsto por el art. 299, inc. 2º, con sus modificaciones posteriores, o cuando quede incluida en la Sección VI del Capítulo II de la ley —sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria— con posterioridad a su constitución (art. 309).

Es de lamentar sin embargo que la ley 19.550 no haya aclarado a qué obligaciones se refiere la responsabilidad prevista por el artículo en estudio, pero debe entenderse que la misma está relacionada con las multas previstas por el art. 302, inc. 3º, que deberán aplicarse a los directores y síndicos cuando estos hubieran eludido o intentado eludir la fiscalización de la autoridad de control, teniendo presente que la sociedad no podrá hacerse cargo de la misma, bajo pena de nulidad (art. 302, último párrafo de la ley 19.550).

Art. 306.—

Recursos. Las resoluciones de la autoridad de control son apelables ante el tribunal de apelaciones competente en materia comercial.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 302, 307; ley 22.315: arts. 16, 18; decreto-ley 9101/1972: art. 1º inc. 30. Resolución general de Justicia 7/2015, art, 25, 26, 27, 29 y 30.

Art. 307.—

Plazo de apelación. La apelación se interpondrá ante la autoridad de control, dentro de los 5 días de notificada la resolución. Se sustanciará de acuerdo con el art. 169.

La apelación contra las sanciones de apercibimiento con publicación y multa será concedida con efecto suspensivo.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 169, 302, 306; ley 22.315: arts. 17, 18. Resolución general de Justicia 7/2015, art, 25, 26, 27, 29 y 30.

§ 1. Recursos contra la resolución de la Inspección General de Justicia. Sustanciación

Si bien el art. 306 de la ley 19.550 dispone que las resoluciones que se dicten por intermedio de la autoridad de fiscalización son apelables ante el tribunal competente en materia comercial, esto es, y en la Capital Federal, ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y en las provincias ante la Cámara de Apelaciones con competencia en asuntos comerciales, la ley 22.315 establece un régimen específico en materia recursiva, en tanto admite por una parte, en su art. 16, la actuación de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, pero también prescribe la interposición de recursos administrativos ante el Ministerio de Justicia de la Nación, con exclusión del recursos jerárquico (art. 36 del decreto 1493/82, reglamentario de la ley 22.315).

Se trata, como lo ha resuelto la jurisprudencia de la Inspección General de Justicia, del recurso de reposición o revocatoria en sede administrativa, que se interpone ante la propia autoridad que ha dictado un acto o pronunciado una decisión administrativa, a fin de someter determinadas consideraciones a la indicada autoridad, para que ésta, por acto de contrario imperio, revoque el acto o la decisión ocurridos, teniendo por finalidad lograr que dicho órgano administrativo, tomando en consideración las observaciones y argumentaciones expuestas por el recurrente, disponga la revocación, reforma o sustitución del acto recurrido, si así lo estima pertinente[1259].

Y si bien el recurso administrativo previsto por el art. 17 de la ley 22.315 ha sido calificado como distinto del vertebrado por la ley 19.549 (y su modificación por la ley 21.686), y por el decreto 1759/1972, denominado "Reglamento de Procedimientos Administrativos", dicha normativa es aplicable al mismo, ante la falta de otras previsiones en la ley 22.315.

La apelación deberá interponerse ante la autoridad citada dentro de los quince días de notificada la resolución respectiva (art. 17, ley 22.316) y se interpondrá fundada por la parte interesada, elevándose las actuaciones en los cinco días posteriores.

Una cuestión controvertida la constituye la admisibilidad del traslado a la Inspección General de Justicia, del recurso interpuesto contra sus resoluciones. En sentido afirmativo se pronunció la sala A de la Cámara Comercial en fecha 15 de junio de 1977, en el caso "Productos Solver SA", cuestionando la naturaleza del recurso de apelación otorgado por la ley 19.550, y sosteniendo que, por tratarse estrictamente de un proceso administrativo de carácter abreviado e instancia única, resulta lógico que la autoridad de control cuente con la posibilidad de defender ante el órgano jurisdiccional la legitimidad de sus decisiones, en aras de la satisfacción del interés público comprometido en la legalidad de los actos del poder administrador. En sentido negativo se pronunció la sala D del mismo tribunal, en autos "Tel Tape Electrónica SA", de fecha 22 de septiembre de 1978 y la Cámara Civil, sala E, en fecha 29 de agosto de 1979, entendiendo que, de admitirse tal posibilidad, la autoridad de control se transformaría, por la sola virtualidad del recurso, en juez y parte, a fin de sostener su propia decisión.

La ley 22.315 de 1980, orgánica de la Inspección General de Justicia, puso fin al problema, admitiendo en el art. 17, párr. 2º, tal posibilidad, al disponer que, elevadas por la Cámara de Apelaciones las actuaciones en apelación, esta deberá dar traslado por cinco días a la Inspección General de Justicia del recurso interpuesto.

Tampoco existe en la ley 19.550 una disposición expresa que prevea los efectos del recurso concedido contra una resolución de la Inspección General de Justicia. La ley 22.315, por su parte, y de una manera muy confusa, dispone en su art. 18, que el recurso contra las resoluciones que impongan las sanciones de apercibimiento con publicación y de multa será concedido con efecto suspensivo, lo cual podría autorizar a considerar que todos los demás recursos otorgados contra cualquier otra resolución de la autoridad de control debería ser otorgado con efecto devolutivo, lo cual constituye un verdadero error, a pesar de que, en alguna oportunidad, la jurisprudencia avaló esta interpretación[1260], basado en la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria de todo acto administrativo que consagra el art. 12 de la ley 19.549.

Por el contrario, nada autoriza a mi juicio a modificar el principio general en materia de otorgamiento de recursos, que salvo disposición expresa, debe ser otorgado con efecto suspensivo. A ello no se opone lo dispuesto en el art. 18 de la ley 22.315, pues se trata de una norma específica referido a las resoluciones por medio de las cuales la autoridad de control ha impuesto las sanciones previstas por los arts. 12 a 15 de dicha ley y no a cualquier resolución que dicte dicho organismo.

No debe olvidarse, como lo recuerda Gozaíni[1261], que el efecto suspensivo de los recursos deriva de la aplicación del principio romano, según el cual "appelatione pendiente nihil innovarum" y fluye directamente de la esencia misma de la segunda instancia, pues si este es un procedimiento de revisión sobre los posibles vicios de la sentencia, lo natural es que tal procedimiento sea previo a la ejecución y no posterior, cuando la sentencia o resolución se ha cumplido, y sus efectos sean, acaso, irreparables[1262].

SECCIÓN VI - DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA CON PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIA

ART. 308.—

Caracterización. Requisito. Quedan comprendidas en esta sección las sociedades anónimas que se constituyan cuando el Estado nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto, o las sociedades anónimas sujetas a este régimen sean propietarios en forma individual o conjunta de acciones que representen por lo menos el 51% del capital social y que sean suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 163.

ART. 309.—

Inclusión posterior. Quedarán también comprendidas en el régimen de esta sección las sociedades anónimas en las que se reúnan con posterioridad al contrato de constitución los requisitos mencionados en el artículo precedente, siempre que una asamblea especialmente convocada al efecto así lo determine y que no mediare en la misma oposición expresa de algún accionista.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 235, 308.

§ 1. Las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria

La ley 19.550 incorpora a su articulado las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, derogando las disposiciones de la ley 17.318,

que legislaban, con anterioridad a la sanción de aquella, este subtipo de sociedad anónima (art. 368).

Quedan comprendidas en la Sección VI del Capítulo II no solo las sociedades anónimas que se constituyen con participación estatal mayoritaria, sino también aquellas en las cuales, y con posterioridad a su creación, el Estado adquiere esa participación, siempre y cuando una asamblea especialmente convocada al efecto así lo resuelva, sin mediar oposición expresa de ningún accionista.

Las características de las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria son las siguientes:

a) La participación estatal puede concretarse a través de todas sus formas, ya que la ley 19.550 posibilita que aquel concurra a través de la forma nacional, provincial, municipal, organismos legalmente autorizados al efecto o sociedades sujetas a este régimen.

b) Exigencia de que no solo el cincuenta y uno por ciento del capital social se encuentre en manos del Estado, en forma individual o conjunta, a través de distintas reparticiones u organismos, sino que ese porcentaje debe ser suficiente para que aquel predomine en los diferentes órganos colegiados de la sociedad, lo cual no ocurrirá si los accionistas privados minoritarios fueran propietarios exclusivos de acciones con voto múltiple o plural, que hagan suya la voluntad del ente.

Sin embargo, la circunstancia de que el Estado sea titular del cincuenta y uno por ciento del capital social no supone la aplicación automática de los arts. 308 a 314 de la ley 19.550, pues para ello es necesaria la constitución específica de una sociedad de esta naturaleza, por ley u ordenanza municipal, o un acuerdo asambleario adoptado en asamblea convocada al efecto, en los términos del art. 309 de la ley en análisis.

La ley 19.550 no aclara la clase de asamblea que debe ser convocada al efecto, pero debe entenderse la misma como extraordinaria, por la naturaleza de la decisión a adoptarse, que excede la simple gestión de la marcha empresaria, cuyos acuerdos se reservan, como es sabido (art. 234), a la asamblea ordinaria de accionistas. Pero debe recordarse que la sujeción a los arts. 308 a 314 de la presente ley no implica la transformación de la sociedad, pues la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, no constituye un tipo societario propiamente dicho, sino un subtipo de la Ley General de Sociedades, no siendo subsumible la situación en los arts. 74 y ss. del cuerpo legal citado.

El acuerdo asambleario a que se refiere el art. 309 de la ley 19.550, debe ser adoptado en asamblea especialmente convocada al efecto, sin mediar oposición de ningún accionista. Caso contrario, la decisión no puede ser válidamente acordada, pero la oposición, para tener tal virtualidad, debe ser expresa, lo cual supone que la unanimidad requerida por el legislador se refiere al régimen de mayorías y no al régimen del quórum, de lo cual se desprende que la abstención o inasistencia de uno o varios accionistas no implica oposición a los fines que se consideran, gozando, eso sí, del derecho de receso, legislado por el art. 245,

pues pese al silencio del art. 244, no caben dudas de su inclusión en aquella norma, por la modificación que la sujeción a la Sección VI del Capítulo II de la ley 19.550 ocasiona a los accionistas minoritarios.

Las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria se encuentran sometidas a la fiscalización permanente del Estado de conformidad a lo dispuesto por el inc. 3º del art. 299 de la ley 19.550, lo cual resulta criticable, pues nada justifica ese autocontrol, como se vio al estudiar el art. 299, máxime cuando la gestión empresaria de la sociedad se encuentra también fiscalizada por la Sindicatura General de Empresas Públicas, legislada por la ley 21.801, que ejerce asimismo un control de legalidad y auditoría sobre la empresa. No obstante ello, y como consecuencia de la inclusión de las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria en el art. 299, debe recordarse, a los efectos de su constitución y funcionamiento, lo prescripto por los arts. 194, 224, 237, 255, y 302 a 305 de la ley societaria.

La especial naturaleza que revisten las sociedades anónimas con participación estatal mayoritario no implican someter los conflictos en que ella sea parte al fuero federal y así lo ha resuelto la jurisprudencia, en oportunidad de resolver la competencia del fuero comercial, en litigios en que sociedades de este tipo aparecen como demandados. Se sostuvo en más de una ocasión que la circunstancia de que la demandada sea una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria no importa la intervención del fuero federal, pues se trata de una sociedad conformada bajo una regulación especial del derecho privado que, más allá de la aplicación del derecho público que corresponde en muchos aspectos, se rige por las normas comunes del derecho mercantil[1263].

ART. 310.—

Incompatibilidades. Se aplican las prohibiciones e incompatibilidades establecidas en el art. 264, excepto el inc. 4º.

Cuando se ejerza por la minoría el derecho del art. 311 no podrán ser directores, síndicos o integrantes del consejo de vigilancia por el capital privado los funcionarios de la administración pública.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 264, 311.

ART. 311.—

Remuneración. Lo dispuesto en los párrafos segundo y ss. del art. 261, no se aplica a la remuneración del directorio y del consejo de vigilancia. [Texto según ley 20.468]

Directores y síndicos por la minoría. El estatuto podrá prever la designación por la minoría de uno o más directores y de uno o más síndicos. Cuando las acciones del capital privado alcancen el 20% del capital social tendrán representación proporcional en el directorio y elegirán por lo menos uno de los síndicos. No se aplica el art. 263.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 261, 263.

§ 1. Funcionamiento de las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria

Como es lógico suponer, el art. 310 de la ley 19.550 suprime, para este subtipo societario, la incompatibilidad prevista para los directores en el art. 264, inc. 4º, que, como ya fuera explicado, veda a los funcionarios de la Administración Pública, cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, integrar el órgano de administración de las sociedades anónimas.

Los arts. 310 y 311 de la ley societaria contienen normas de funcionamiento que deben destacarse:

En primer lugar, el estatuto puede prever la designación por la minoría de uno o más directores en el directorio de las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria. Esta participación es en principio facultativa, y debe estar prevista en el estatuto, pero cuando las acciones propiedad del capital privado alcancen el veinte por ciento de ese capital, tendrán representación proporcional en el órgano de administración, de lo que se desprende que para la procedencia de este supuesto, el directorio debe estar compuesto por lo menos de cinco miembros.

La representación minoritaria en el directorio debe considerarse en este último caso como imperativa en la ley 19.550, lo cual es consecuencia de la inaplicabilidad, para este subtipo societario, de lo dispuesto por el art. 263 del cuerpo legal citado. Pero ello no significa que la representación del capital privado no pueda ser mayor, conforme lo establecido por vía estatutaria, siempre y cuando quede asegurado que la voluntad estatal predominará en las reuniones del directorio, aspecto este que constituye uno de los rasgos característicos de las sociedades que se estudian.

Es importante recordar asimismo que la representación del capital privado en el órgano de administración no puede encontrarse en manos de funcionarios de la Administración Pública, pues ha sido intención del legislador,

independientemente de sus resultados en la práctica, que la iniciativa de los accionistas no estatales pueda ser ejercida o por lo menos manifestada con plenitud, balanceando, en la medida de lo posible, los inconvenientes que la gestión empresaria supone en manos del Estado.

En segundo lugar, y en cuanto a la fiscalización interna de la sociedad, el régimen previsto por la ley 19.550 para el control privado de las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria se refiere exclusivamente a los síndicos electos por la minoría, disponiendo al respecto que: a) los mismos no pueden ser funcionarios de la Administración Pública (art. 310); b) el estatuto puede prever la designación de uno o más síndicos en la comisión fiscalizadora y, si las acciones del capital privado alcanzan el veinte por ciento del capital social, tendrán representación proporcional en la comisión fiscalizadora, eligiendo, por lo menos, uno de los síndicos (art. 311).

En relación con los síndicos estatales, es decir, aquellos designados por la Administración Pública, su régimen está previsto por la ley 21.801 del 18/5/1978, cuyas bases son las siguientes:

a) La Sindicatura General de Empresas —entidad administrativa descentralizada y sucesora de la Corporación de Empresas Nacionales— propone a los organismos que ejercen en la sociedad los derechos societarios del Estado, la designación de los síndicos que integrarán la comisión fiscalizadora —sindicatura plural—, de acuerdo con lo que establezcan los respectivos estatutos (art. 8º, inc. b], ley 21.801).

b) Los síndicos estatales integrantes de dicha comisión tienen a su cargo no solo las funciones previstas en la ley 19.550, sino también las de poner en conocimiento de la Sindicatura General de Empresas Públicas los actos de las empresas, cuando se estime que violan cuestiones legales, reglamentarias, contables, estatutarias o decisiones de las asambleas (art. 9º, ley 21.801).

c) Los síndicos integrantes de la comisión fiscalizadora deberán actuar de acuerdo con los criterios que adopte la Sindicatura General de Empresas Públicas, la cual podrá impartir instrucciones de carácter general o específico en cada caso (art. 10, ley 21.801).

d) Sin perjuicio de ello, y a los efectos de control que le competen, la Sindicatura General de Empresas Públicas puede asimismo, destacar en cada empresa, representantes o auditores con funciones periódicas o continuas, según las necesidades y características de cada entidad. Dichos representantes fiscalizarán los actos y actividades de las empresas, conforme a las atribuciones y deberes establecidos para los síndicos por la ley 19.550, y a las normas de procedimientos que determine la Sindicatura General de Empresas Públicas.

En tercer lugar, la ley 19.550 declara inaplicable a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria las normas del art. 261, párrafos 2º y 3º. El art. 311 de este cuerpo legal, si bien admite la fijación de la remuneración del directorio y del consejo de vigilancia conforme a las pautas del párr. 1º del art. 261, es decir, por la asamblea de accionistas, con el quórum y las mayorías

previstas por el art. 243, en subsidio de disposiciones contractuales, declara inaplicables, para las sociedades en estudio, los restantes párrafos del art. 261, que, como se recordará, limitan la remuneración de los directores y consejeros de vigilancia al veinticinco por ciento de las ganancias del ejercicio, exclusión que se funda, no solo en la vinculación de los directores designados por el Estado, que obtienen su remuneración por otras vías, sino también en la circunstancia de que las empresas sometidas a este régimen son generalmente deficitarias, absorbidas por el Estado por la trascendencia económica y social que representan.

ART. 312.—

Modificaciones al régimen. Las modificaciones al régimen de la sociedad anónima establecidas por esta sección dejarán de aplicarse cuando se alteren las condiciones previstas en el art. 308.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 308.

ART. 313.—

Situación mayoritaria. Pérdida. Cuando en el contrato de constitución de estas sociedades se expresa el propósito de mantener la prevalencia del Estado nacional, los Estados provinciales, o demás entes enunciados en el art. 308, cualquier enajenación de acciones que importe la pérdida de la situación mayoritaria deberá ser autorizada por ley.

El estatuto contendrá las normas necesarias para impedir que por nuevas emisiones se altere esa mayoría.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 197, 308.

§ 1. Pérdida de la situación mayoritaria en las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria

La pérdida del control estatal en el órgano de gobierno de la sociedad, con las consecuencias que ello supone, implica automáticamente la inaplicabilidad de las modificaciones establecidas por la Sección VI del Capítulo II de la ley 19.550, cesando inmediatamente los directores, consejeros de vigilancia y síndicos comprendidos en las causales mencionadas en el art. 264, inc. 4º, del cuerpo legal citado, y rigiendo, para lo sucesivo, todas aquellas normas cuya aplicación no sea admitida en este subtipo societario (arts. 261, 263, etc.).

La pérdida de esta calidad supone, por otro lado, la inaplicabilidad del art. 299, es decir, de la fiscalización estatal permanente, salvo que la sociedad estuviera incluida en esta disposición legal, por otras razones.

No obstante lo expuesto, puede ocurrir que en el contrato de constitución de estas sociedades, se exprese el propósito de mantener el control del Estado nacional, estados provinciales, municipales o demás entes enunciados por el art. 308, en cuyo caso, cualquier enajenación de acciones que importe la pérdida de la situación mayoritaria, deberá ser autorizada por ley, sin perjuicio de que el estatuto pueda prever las normas necesarias para impedir que, por nuevas situaciones, se altere esa mayoría, limitando, como una de las formas para evitar esa contingencia, la circulación de las acciones en los términos del art. 214 de la ley societaria.

ART. 314.—

Liquidación. Esta sociedad no puede ser declarada en quiebra. La liquidación será cumplida por la autoridad administrativa que designe el Estado.

CONCORDANCIAS: Ley 19.551: arts. 256, 258, 262.

§ 1. Liquidación y quiebra de las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria

Siguiendo un importante precedente jurisprudencial, dictado por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, en autos "Las Palmas del Chaco Austral SA", del 24 de noviembre de 1971, la ley 19.550 recogió ese criterio y dispuso en su art. 314 que las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria no pueden ser declaradas en quiebra, realizando el proceso liquidatorio la autoridad administrativa que designa el Estado.

El fundamento de dicha norma radicaba, a tenor de aquel precedente jurisprudencial, en que el trámite concursal no era procedimiento liquidatorio para aquellos entes que, como las sociedades en las cuales participaba el Estado, no son verdaderas sociedades comerciales a pesar de su estructura, sino que la forma societaria es utilizada para facilitar y agilizar la actuación del Estado. Por tales razones y, además, por no ser el Estado comerciante, su exclusión de una ley falencial quedaba ampliamente justificada.

Sin embargo, tales argumentos perdieron paso con posteriores reformas legislativas. En primer lugar, por la ley 22.917, que reformara el texto original de la ley 19.551 y que declarara la aplicación de las soluciones concursales a los comerciantes y no comerciantes, derogando el correspondiente capítulo de la ley 19.551 referido a los concursos civiles.

Posteriormente, la actual ley de quiebras, la ley 24.522, dejó sin efecto expresamente el principio general previsto por el art. 314 de la ley 19.550, incluyendo el art. 2º de aquella ley, en forma expresa, y dentro de los sujetos comprendidos por la ley 24.522 a las sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación, por lo que no solo las sociedades con participación estatal mayoritaria pueden ser concursadas preventivamente o serles declarada la quiebra, sino que también pueden transitar el proceso concursal, preventivo o liquidatorio, las sociedades de economía mixta e incluso las sociedades del Estado.

SECCIÓN VII - DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES

ART. 315.—

Caracterización. Capital comanditario: representación. El o los socios comanditados responden por las obligaciones sociales como los socios de la sociedad colectiva; el o los socios comanditarios limitan su responsabilidad al capital que suscriben. Solo los aportes de los comanditarios se representan por acciones.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 27, 56, 57, 125, 163; Resolución general IGJ 7/2015, arts. 133 y 139. LSC Uruguay: art. 474.

ART. 316.—

Normas aplicables. Están sujetas a las normas de la sociedad anónima, salvo disposición contraria en esta sección.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 163, 307. Resolución general IGJ 7/2015, arts. 133 y 139. LSC Uruguay: art. 475.

§. 1. Importancia actual de las sociedades en comandita por acciones. Normativa aplicable

El auge de las sociedades en comandita por acciones, motivado por circunstancias históricas e impositivas, más que por las ventajas que ofrecía este tipo societario, ha disminuido notoriamente desde comienzos de esta década, a tal punto que no resulta difícil vaticinar su virtual desaparición. Una estadística efectuada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro de la Capital Federal, a cargo del Registro Público de Comercio, demuestra elocuentemente la veracidad de lo afirmado, en tanto surge de ella que el número de comandita por acciones registradas en dicho Juzgado, desde la sanción de la ley 19.550 (en 1972) hasta 1978, asciende a 445, cifra que no deja de llamar la atención si observamos que entre 1966 y 1969 se inscribieron 16.769 sociedades de este tipo, superando en ese período a las sociedades anónimas inscriptas. Por otro lado, durante la vigencia de la ley citada, se registraron 290 disoluciones.

¿Cuáles son entonces las razones de esta crisis? Se pueden señalar las siguientes:

1. La tendencia generalizada de limitar la responsabilidad, como requisito indispensable para afrontar los riesgos inherentes a toda actividad comercial.

2. Que la hegemonía de este tipo social obedeció, como se afirmó precedentemente, a cuestiones históricas e impositivas más que a las ventajas que ofrecía en la práctica, pues la demora del Poder Ejecutivo para conceder las autorizaciones para funcionar a las sociedades anónimas, y su inclusión, al ser consideradas como sociedades de capital, en el régimen del impuesto sustitutivo al gravamen a la transmisión gratuita de bienes, determinó un auge que, por supuesto, desaparecidas aquellas circunstancias, ocasionó su decadencia. Como fue explicado por la doctrina, el inusitado auge que obtuvo en la década del sesenta este tipo societario, se debió a la promulgación de la ley 14.060, que

estableció el impuesto sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes, tributo que fue sancionado para simplificar la recaudación fiscal y limitar las evasiones, tan fáciles cuando se trata del traspaso de acciones al portador. En lugar pues de percibir el fisco el correspondiente impuesto a la transmisión gratuita de bienes en el momento de transferirse las acciones, prefirió cobrar a toda sociedad de capital el uno por ciento anual sobre ese capital más las reservas libres, de manera que se reemplazaba un sistema de percepción del gravamen por otro, lo cual dio origen a aquella denominación de impuesto sustitutivo(1264).

3. El resultado de la aplicación de las normas que, sobre este tipo societario contiene la ley 19.550 —arts. 315 a 324—, lejos está de satisfacer la intención del legislador de 1972, de "caracterizarlas debidamente", pues ciertas normas del derogado Código de Comercio (art. 373) —omisión del nombre de los socios comanditarios en el trámite de inscripción de estas sociedades— que se quiso derogar expresamente, ofrecían indudables atractivos para su constitución, más allá de las discusiones doctrinarias que sobre ellas se suscitaron.

Salvo quizás lo acontecido con las sociedades de capital e industria o las cooperativas de trabajo, que a pesar de las loables intenciones del legislador, se convirtieron en instrumento de fraude laboral, siendo muchas más las entidades de estas características que se constituyeron con fines fraudulentos que aquellas que se crearon para respetar y desarrollar los fines de la ley, las sociedades en comandita, tanto simples como por acciones, fueron también eficaces instrumentos para obtener, a través de su actuación, fines extrasocietarios o servir directamente de instrumento para burlar la ley, el orden público, la buena fe o los derechos de terceros.

Ya nos hemos referido, cuando nos abocamos a las sociedades en comandita simple, que su poca utilización se circunscribió al negocio de la farmacia, pues la legislación que reglamentó esa actividad y que rigió hasta el año 1992 (ley 17.565) solo permitía, para ese negocio, la constitución de sociedades en comandita simple y sociedades de responsabilidad limitada, pero en este último caso, todos los socios debían ser necesariamente farmacéuticos diplomados, por lo que las farmacias se volcaron masivamente al primero de esos tipos societarios, pues por lo general, los empresarios dedicados a este negocio no son profesionales, y si bien ellos asumían el carácter de socios comanditarios, eran en la realidad sustancial, quienes dirigían el negocio, colocando como socio comanditado a un farmacéutico o a un tercero, a quienes garantizaban por escrito cualquier perjuicio que pudieran sufrir, como consecuencia del resultado desfavorable de los negocios sociales.

En materia de sociedades en comandita por acciones, ya hemos afirmado que su enorme crecimiento en la República Argentina, antes de la vigencia de la ley 19.550, se debió fundamentalmente a razones impositivas, lo cual constituye un claro ejemplo del "fin extrasocietario" a que se refiere el art. 54 último párrafo de la ley 19.550 y que permite imputar a los socios y controlantes la actividad de la sociedad, así como imponerles una responsabilidad personal por los daños y perjuicios causados.

Pero fue casi cincuenta años después de producido esa efímera profusión de sociedades en comandita por acciones, cuando la jurisprudencia declaró la nulidad de una antigua compañía de estas características, cuando quedó demostrado que en el momento de su constitución faltaron elementos esenciales y propios de todo contrato de sociedad en general y otros específicos de la sociedad en comandita por acciones, habiéndose acreditado que los aportes inmobiliarios realizados por la socia controlante lo fueron no para dotar de un patrimonio a la sociedad, sino por cuestiones meramente impositivas, obteniéndose su conformación mediante elementos o requisitos meramente simulados y en realidad inexistentes, como la affectio societatis[1265].

§ 2. Normativa aplicable a las sociedades en comandita por acciones

Como sociedades que reúnen elementos propios de las sociedades por parte de interés o de personas (llamadas así en cuanto la personalidad del socio es elemento determinante de la existencia del ente) y de las sociedades de capital (en las cuales se tiene en miras el capital aportado, con independencia del socio aportante), constituyen un tipo social mixto, con elementos de ambas que ninguna ventaja ofrece sobre aquellas.

La ley 19.550 las somete en principio a las normas que rigen a las sociedades anónimas, y supletoriamente a las disposiciones sobre sociedades en comandita simple, las que a su vez se remiten a las correspondientes a las sociedades colectivas, sin perjuicio de las disposiciones que la ley citada les dedica expresamente. Este complejo y muchas veces inconciliable sistema normativo crea dificultades de toda índole, pues a diferencia del sistema previsto por el Código de Comercio, las sociedades en comandita por acciones están sometidas al instrumento público para su constitución; al depósito del veinticinco por ciento del capital dinerario aportado por los socios y al sistema de valuación de los aportes de bienes no dinerarios conforme al art. 53 de la ley 19.550; a la publicación en el Boletín Oficial de su contrato constitutivo o modificatorio, y a la confección de los estados contables conforme a las pautas de los arts. 62 y ss., lo que en definitiva no ofrece ninguna ventaja y sí numerosos inconvenientes traducidos en demoras prolongadas y considerables gastos. Ello decide, obvio es decirlo, a quienes están dispuestos a afrontarlos, a constituir derechamente una sociedad anónima, la cual ofrece mayor flexibilidad y beneficios que las sociedades del tipo en análisis.

§ 3. Requisitos tipificantes de las sociedades en comandita por acciones

Dos son los rasgos tipificantes de las sociedades en comandita por acciones:

1. La existencia de dos categorías de socios: los comanditados por un lado, con responsabilidad limitada y solidaria por las obligaciones de la sociedad, aunque subsidiaria, en los términos del art. 56, LSC, y los comanditarios, por el otro, con responsabilidad limitada al capital suscripto por cada uno de ellos. Es necesario recordar que la responsabilidad del socio comanditado por las deudas sociales es solidaria, por lo que ellos no se hallan privados del beneficio de excusión, que debe cumplirse previamente.

2. La representación del capital social de los socios comanditarios en acciones (arts. 207 a 226 de la ley 19.550), rasgo que la diferencia nítidamente de las sociedades en comandita simple.

La extensión de la responsabilidad de los socios determina la diferencia entre ambas categorías de socios, pues ello se traduce:

a) En los aportes, admisibles para los socios comanditados, cualquiera que sea la prestación efectuada: obligaciones de dar, de hacer, en propiedad, uso y goce etcétera. Los socios comanditarios solo pueden aportar bienes dinerarios o no dinerarios, pero estos últimos susceptibles de ejecución forzada (art. 39).

b) En que la quiebra de la sociedad importa la quiebra de los socios comanditados (art. 160, ley 24.522), pero no la de los comanditarios, salvo a los supuestos especiales previstos por el art. 161 de la Ley de Concursos.

c) Como contrapartida por la responsabilidad asumida, los socios comanditados gozan del derecho de administrar la sociedad, posibilidad vedada a los socios comanditarios, por expresa disposición legal (art. 318).

Fuera ya de la mayor responsabilidad de los socios comanditados, y las consecuencias que la ley 19.550 deriva de ello, pueden extraerse otras diferencias entre ambas categorías de socios:

a) Puede pactarse contractualmente la posibilidad de facilitar el retiro de los socios comanditados o prohibir incluso el ingreso de los herederos de estos al producirse el fallecimiento de los mismos (arts. 89 y 90). Ello no ocurre con los socios comanditarios, pues la resolución parcial del contrato de sociedad es un instituto incompatible con su carácter de accionista; lo expuesto torna improcedente contra ellos la acción judicial de exclusión (arts. 91 a 93), admitida por el contrario para los socios comanditados (art. 91).

b) Por otro lado, en tanto la cesión de la parte de interés de los socios comanditados implica reforma de estatutos, ella solo puede efectivizarse previa decisión de los socios, adoptada en asamblea extraordinaria, con el quórum y las mayorías previstas por el art. 244 de la ley societaria. Los socios comanditarios, por el contrario, no requieren autorización alguna para enajenar

sus acciones, que por naturaleza son libremente transmisibles, a tal punto que el estatuto, si bien puede limitar la cesión de las mismas, cuando sean nominativas, no puede, bajo sanción de nulidad, prohibir su transferencia (art. 214).

§ 4. Doble carácter de socios comanditados y comanditarios

No obstante haberse discutido en doctrina la posibilidad de que los socios puedan revestir el doble carácter de comanditados y comanditarios, hoy aparece como pacífica la corriente que tiende a aceptar esa alternativa, siempre y cuando exista por lo menos un socio comanditario que revista exclusivamente esa calidad.

No existen dudas de que la confusión de ambas calidades por todos los socios viola el principio de tipicidad y las incluye en la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550. Solo existirían, en este caso, socios comanditados con responsabilidad ilimitada y solidaria, ya que el capital comanditario sería irrelevante en su calidad de limitado, por integrar el patrimonio, que es único e indivisible, del socio comanditado[1266].

Lo expuesto no significa, obviamente, que la adquisición de acciones por parte del socio comanditado lleve a la nulidad de la sociedad que integra, pues, como acertadamente lo sostienen Fortín y Zaldívar[1267], sería ilusorio pretender impedir a aquel la compra de acciones del capital comanditario, dada la característica eminentemente circulatoria de las mismas. Por ello es que la solución a que arribara la doctrina, durante la vigencia del Código de Comercio, admitiendo la validez de las sociedades en comandita por acciones en las cuales por lo menos un socio revista la calidad exclusiva de comanditario, es ajustada a derecho y no puede sino compartirse.

§ 5. Capacidad de los cónyuges para integrar sociedades en comandita por acciones

¿Pueden las sociedades en comandita por acciones ser integradas por ambos cónyuges?

El tema fue tratado al estudiar el art. 27 de la ley 19.550, a cuya lectura y comentario corresponde remitirse, pero cabe recordar que la ley 26.994 del año 2014, ha reformado el texto de dicha norma, terminando con toda polémica y

permitiendo a las cónyuges integrar entre sí sociedades de cualquier tipo, así como las reguladas en la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550, terminando con toda la polémica generada durante la vigencia del texto original de dicha ley.

§ 6. Las sociedades en comandita por acciones y el art. 30 de la ley 19.550

Otra cuestión interesante de capacidad relacionada con las sociedades en comandita por acciones la constituye el alcance de la permisibilidad establecida por el art. 30, en tanto, en su texto actual admite a las sociedades por acciones integrar sociedades de responsabilidad limitada y en comandita por acciones.

¿Significa ello que una sociedad por acciones puede integrar, como socia comanditada, una sociedad del tipo en estudio? Desafortunadamente, y en forma análoga al texto del art. 27, la ley no ha sido precisa, y de atenernos al texto literal del art. 30, la respuesta debe ser, sin dudas, afirmativa.

No obstante ello, considero que la intención del legislador no ha sido esa, pues se ha tenido en cuenta, al sancionar la norma citada, el evitar que por vía de una participación societaria, la sociedad por acciones emprenda negocios cuyo resultado pueda implicar la quiebra de la sociedad que integra, la cual, de conformidad al art. 160 de la ley 24.522, se extiende a sus miembros, en caso de ser aquella una sociedad de personas o por parte de interés, teniendo en consideración, fundamentalmente, la protección del accionista, quien carece de facultades para fiscalizar la administración de la sociedad en la cual participa.

Ello no significa, desde luego, compartir los argumentos que motivaron la sanción del tan discutido art. 30 de la ley 19.550, que ya fueron cuestionados oportunamente, coincidentemente con la doctrina mayoritaria de nuestro país, que exige una pronta reforma legislativa. Sin embargo, ateniéndose a esos argumentos, debe descartarse la participación de una sociedad accionaria como socia comanditada de una sociedad en comandita por acciones, pues de lo contrario se admitiría una importante excepción al principio general consagrado en el art. 30, sin razón de fundamento que lo justifique.

ART. 317.—

Denominación. La denominación social se integra con las palabras "sociedad en comandita por acciones"; su abreviatura o la sigla SCA La omisión de esa

indicación hará responsables ilimitada y solidariamente al administrador, juntamente con la sociedad, por los actos que concertare en esas condiciones.

Si actúa bajo una razón social, se aplica el art. 126.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 11 inc. 2º, 126; resolución general IGJ 7/2015, arts. 59 y 133. LSC Uruguay: art. 476.

§ 1. El nombre de las sociedades en comandita por acciones

La sociedad en comandita por acciones puede utilizar, como nombre societario, una razón o denominación social, en forma facultativa.

Si emplea una razón social, la misma debe incluir el nombre o nombres de los socios comanditados, pues ella manifiesta a terceros la existencia de una responsabilidad ilimitada y solidaria, aunque subsidiaria por las obligaciones de la sociedad.

La inclusión del nombre de un tercero o socio comanditario en la razón social, lo hace responsable solidariamente con la sociedad por las obligaciones así contraídas (art. 126 último párrafo), sin que pueda alegarse la utilización de una denominación social, pues esta debe consistir necesariamente en un nombre de fantasía, para evitar la sanción prevista por el art. 126.

En uno y otro caso, y aunque la ley no lo prevea para el supuesto de utilizar razón social, resulta necesaria la inclusión de la denominación sociedad en comandita por acciones, su abreviatura o incluso su sigla, no admitida esta para las sociedades por interés. La omisión de esta indicación hará responsables ilimitada y solidariamente al administrador, juntamente con la sociedad, por los actos que concertasen en esas condiciones.

ART. 318.—

De la administración. La administración podrá ser unipersonal, y será ejercida por socio comanditado o tercero, quienes durarán en sus cargos el tiempo que fije el estatuto sin las limitaciones del art. 257.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 257, 262 a 264, 319, 320; resolución general IGJ 7/2015, arts. 133 y 139. LSC Uruguay: art. 477.

§ 1. Administración de las sociedades en comandita por acciones

La administración de las sociedades en comandita por acciones puede ser unipersonal o plural, pero integrada exclusivamente por el o los socios comanditados o terceros, con exclusión de los socios comanditarios.

Los administradores permanecen en sus funciones el tiempo que fije el estatuto, sin las limitaciones que el art. 257 de la ley 19.550, prevé para los directores de las sociedades anónimas.

La ley 19.550, equivocadamente a nuestro juicio, como hemos visto al analizar el régimen de administración de las sociedades en comandita simple, ha intentando preservar, con la exclusión del socio comanditario o accionista de la administración de la sociedad en comandita por acciones, la prohibición existente en el art. 137, supuestamente fundada en la salvaguarda de la apreciación patrimonial efectuada por los terceros; en la defensa de los socios solidarios frente a los actos de gestión imprudentes o temerarios del socio comanditario y en los intereses de la propia sociedad[1268].

No coincidimos con la posición adoptada por el art. 318 de la ley 19.550 en esta materia y al respecto corresponde remitirse a lo ya expuesto al considerar el régimen legal de las sociedades en comandita simple, pero reiterando la posición allí sustentada: la prohibición, que obedecía a razones históricas, no se justifica en la actualidad, máxime cuando la ley admite la administración por un tercero, que bien podría ser un simple representante del socio comanditario, poseedor, en la casi generalidad de las veces, de la casi totalidad del capital social. Por otro lado, si bien podría argumentarse que la inclusión de los socios comanditarios en la administración de las sociedades en comandita por acciones podría llevarlos a la celebración de negocios arriesgados que solo comprometerían el patrimonio de los socios solidarios, ello no es fundamento decisivo para justificar el art. 318, en tanto ese peligro puede ser previsto y evitado exigiéndose por vía estatutaria un régimen de actuación plural conjunta.

Téngase presente que, para las sociedades de capital e industria, el legislador ha aceptado la administración por los socios industriales, a diferencia del régimen establecido por el Código de Comercio, que los excluía expresamente (art. 143).

No obstante lo expuesto, que debe ser materia de reforma legislativa, la ley 19.550 prohíbe a los comanditarios inmiscuirse en la administración de la sociedad, o ser mandatario de la misma. Se aplican, pues, las prohibiciones y responsabilidades establecidas en el art. 137, a cuyo comentario remitimos, aunque debe advertirse que, a diferencia de lo que acontece con las sociedades en comandita simple, en las cuales los socios comanditarios gozan del derecho

de inspección, vigilancia o verificación sobre la actuación del órgano administrador (art. 138), en las sociedades en comandita por acciones esas facultades solo pueden llevarse a cabo a través de la sindicatura, órgano necesario de las mismas, por aplicación del art. 294, incs. 6º y 11 de la ley en análisis, salvo que la sociedad haya prescindido de la sindicatura, en los términos del art. 284, en cuyo caso renacen las facultades que el art. 138 prevé para los socios comanditarios de las sociedades en comandita simple (examen, inspección, vigilancia, verificación, opinión y consejo).

La doctrina y la jurisprudencia vacilan en cuanto al alcance de la sanción que la ley 19.550 en el art. 137 (aplicable a las sociedades en comandita por acciones en virtud de lo dispuesto por el art. 324) prevé para el socio comanditario que se inmiscuye en la administración de la sociedad, a quien impone una responsabilidad solidaria e ilimitada con las sociedad por las obligaciones contraídas en tales condiciones. En tal sentido, y con un criterio razonable, que se comparte, se ha resuelto que debe tenerse en cuenta, a tales fines, determinar previamente si tal inmixión consistió en la concreción de un acto aislado o si ella fue habitual, procediendo solo en este caso la extensión de la quiebra prevista por el art. 164 de la ley 24.522, pues si la intervención del socio comanditario en la administración fue aislada, basta la imposición de su responsabilidad amplia por los efectos de la operación concretada con su intervención personal y nada más.

En definitiva, el socio comanditado que se inmiscuye en la administración de la sociedad, se convierte en responsable solidario e ilimitado por las obligaciones sociales, extendiéndose esa responsabilidad a todos los actos en que no hubiera participado, cuando su actuación fuere habitual, configurándose también en este supuesto, a la previsión del art. 160 de la ley 24.522, esto es, la declaración de la quiebra refleja a tal administrador.

§ 2. ¿Debe organizarse como directorio la administración plural de las sociedades en comandita por acciones?

El dispar complejo de normas que gobiernan las sociedades en comandita por acciones complica la organización de su órgano de administración. En efecto, y atento a que el orden de prelación para estas sociedades estaría dado por la aplicación de los preceptos propios que las regulan, de los específicos relativos a las sociedades anónimas, y solo supletoriamente, para el supuesto de insuficiencia normativa de tales órganos, de las disposiciones de las sociedades en comandita simple, la doctrina se halla dividida en cuanto a la estructuración del citado órgano, sobre la aplicación de las correspondientes al directorio, contenidas en la ley 19.550.

En posición afirmativa se halla Vanasco[1269], para quien la disposición que gobierna este tipo societario es el art. 316, y en consecuencia, las sociedades

en comandita por acciones deben contar con un directorio como órgano indispensable, y por ello debe contemplarse en el acto constitutivo su regulación, en la forma prevista por la ley para las sociedades anónimas, salvo las particularidades fijadas en la Sección VII. Análogamente se había pronunciado —aun cuando el criterio fue posteriormente revisado— la entonces Inspección General de Personas Jurídicas, en el expediente "Jualán Sociedad en Comandita por Acciones".

En una posición intermedia, y en el sentido de que la ley 19.550 ha estructurado un régimen específico de administración para las sociedades en comandita por acciones, tomando normas de uno y otro régimen, sin perjuicio de las propias, se ha pronunciado la doctrina mayoritaria en nuestro medio(1270); y finalmente, se encuentra una última corriente de opinión, sostenida por los autores cordobeses Richard, Escutti y Romero(1271), quienes sostienen que el régimen aplicable a los administradores previsto por la ley 19.550 es el correspondiente a las sociedades colectivas, ya que la ley expresamente remite al art. 129 de la ley citada.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial se ha pronunciado sobre el tema, a través de varias de sus salas; la sala D, en fecha 31 de octubre de 1977, revocando la decisión de la Inspección General de Personas Jurídicas en los autos "Jualán Sociedad en Comandita por Acciones", dispuso expresamente que no corresponde exigir la constitución de un directorio para autorizar la actuación de una sociedad en comandita por acciones(1272), criterio que ratificó la sala A del mismo tribunal en autos "Laumar Sociedad en Comandita por Acciones" de fecha 15 de septiembre de 1989(1273).

Por mi parte, me enrolo en la posición intermedia, entendiendo que la ley 19.550 ha querido estructurar un órgano de administración específico, que si bien se rige por muchas de las normas reservadas para el directorio de una sociedad anónima, no ha querido organizarlo como tal, pues las excepciones que la citada ley consagra a la aplicación de aquellas normas excluye la actuación de un directorio para las sociedades del tipo en estudio.

En efecto: ¿por qué razón la ley estructura la organización y el funcionamiento de un directorio para las sociedades anónimas, de una manera compleja y minuciosa, a diferencia de los órganos de administración de las sociedades de interés, en las cuales, y salvo disposición en contrario, tal función puede ser ejercida en forma indistinta por cualquiera de los socios? (art. 128 de la ley 19.550). Muy simple: la organización del directorio obedece a muchas razones, entre las cuales debe ser tenida en cuenta la complejidad de la gran empresa; la existencia de un gran número de accionistas que dificultaría, si no imposibilitaría, el funcionamiento de una administración análoga a la de las sociedades de personas o de responsabilidad limitada(1274), y el recíproco control que debe existir en su seno y entre los diferentes órganos de la sociedad, a tal punto que el síndico debe necesariamente ser citado y participar de las reuniones del directorio (art. 294, inc. 3º).

Consecuentemente, el directorio es un órgano colegiado aun cuando sea unipersonal, debiendo el director, en este supuesto, labrar acta para las

decisiones adoptadas, oyendo al síndico[1275]. Los miembros de este órgano no pueden permanecer en el cargo más de tres años, y son revocables sin invocación de causa, siendo nula cualquier disposición en contrario. Se trata, en consecuencia, de evitar la perpetuación de los directores de una sociedad en la cual la política empresaria está sujeta a las decisiones de la mayoría, que es siempre inestable, según la naturaleza de las acciones, las cuales, como títulos de crédito que son, nacieron para circular.

Nada de esto acontece en las sociedades en comandita por acciones, en las cuales el administrador natural es el socio comanditado, quien, como lógica contrapartida por la responsabilidad asumida, goza del derecho de administrar la sociedad y de permanecer en el cargo, cuando negara la justa causa invocada para su remoción, hasta existir decisión judicial desfavorable, en cuyo caso puede solicitar su retiro o la transformación en comanditario (art. 319), pues el derecho que consagra el art. 318 en favor del socio comanditado, pudo haber sido el origen de haber asumido una responsabilidad tan amplia.

Por otro lado, en las sociedades anónimas es característica la separación del órgano de administración, que corresponde al presidente del directorio, del órgano de administración, a cargo del directorio, a diferencia de las sociedades en comandita por acciones, en donde la facultad de administrar lleva implícita la representación. Sobre el punto, la doctrina es unánime.

Finalmente, podemos apuntar algunas razones más que refuerzan los argumentos dados en los párrafos precedentes.

a) Que la ley se refiere en todo momento a los "administradores" de la sociedad, sin hacer referencia a la palabra directores[1276].

b) Que al tratar el tema, la Exposición de Motivos, en la Sección VII, punto I in fine, señala que el administrador queda sujeto a las obligaciones de los directores, lo que sería superfluo, de haber entendido el legislador que las comanditas deberían necesariamente constituir un directorio[1277].

c) Finalmente, si se entiende que las normas sobre sociedades en comandita simple se aplican en lo que sea compatible, no cabe dudar entonces de su aplicación al órgano de administración, en cuanto los arts. 136 y 318 consagran un régimen idéntico.

d) Sin embargo, y pese a lo dicho, tampoco puede hablarse de que sobre el tema rigen exclusivamente las normas sobre sociedades colectivas, pues la redacción del art. 318, en cuanto dispone que "La administración podrá ser unipersonal y será ejercida por el socio comanditado o tercero, quienes durarán en sus cargos el tiempo que fije el estatuto, sin las limitaciones del art. 257", hace presumir la aplicación de otras normas previstas por la ley 19.550, para el directorio de las sociedades anónimas, y que no cabe descartar para las sociedades en comandita por acciones, a saber: la elección por clase de acciones, la elección por el sistema de la acumulación de votos, el límite a las remuneraciones a los administradores previsto por el art. 261 de la ley 19.550, el sistema de responsabilidad previsto por el art. 274 y ss., la prohibición a los

administradores de contratar con la sociedad, tener interés contrario o realizar actividades en competencia (arts. 271 a 273 y 133 de la ley 19.550), etc.

En suma, la ley 19.550 ha estructurado un órgano de administración específico para las sociedades en comandita por acciones, muy similar al de la sociedad en comandita simple, pero aplicándosele algunas disposiciones reservadas por la ley 19.550 al directorio. La administración de las sociedades en comandita por acciones está, en consecuencia, reservada a los socios comanditados o terceros, y en caso de ser aquella plural, por aplicación de lo dispuesto por el art. 128 de la ley 19.550, los administradores pueden actuar en forma indistinta o conjunta, pero no necesariamente colegiada.

ART. 319.—

Remoción del socio administrador. La remoción del administrador se ajustará al art. 129, pero el socio comanditario podrá pedirla judicialmente, con justa causa, cuando represente no menos del 5% del capital.

El socio comanditado removido de la administración tendrá derecho a retirarse de la sociedad o transformarse en comanditario.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 59, 92, 129, 271 a 279, 318. Resolución general IGJ 7/2015, art. 133. LSC Uruguay: art. 478.

§ 1. Régimen de remoción del administrador

El administrador de la sociedad en comandita por acciones, socio o no, puede ser removido por decisión de la mayoría en cualquier tiempo, sin invocación de causa, salvo estipulación en contrario, en cuyo caso conservará su cargo hasta la sentencia judicial si negara la existencia de aquella, sin perjuicio de la aplicación de la medida precautoria legislada por la Sección XIV del Capítulo I de la ley 19.550, que como hemos visto, legisla sobre intervención judicial de la compañía.

Los socios comanditarios pueden solicitar la remoción del administrador invocando justa causa, pero la ley exige, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades en comandita simple, que posean una proporción accionaria no inferior al cinco por ciento del capital social.

Removido con causa el socio comanditado administrador, este tiene derecho a retirarse de la sociedad o a transformar su parte en comanditaria, solución que se justifica, pues la asunción de una responsabilidad tan amplia por parte del comanditado bien pudo obedecer a la circunstancia de asegurarse, en el contrato social, la administración de la sociedad.

Sin perjuicio de recordar que las causas que justifican la remoción de un administrador de sociedades comerciales son exactamente las mismas para cualquier tipo societario, la jurisprudencia ha tenido alguna oportunidad de referirse a la remoción de administradores de las sociedades en comandita por acciones, como por ejemplo en el caso de incumplimiento de la obligación de llevar ordenadamente y al día los libros de comercio o proceder a la liquidación disuelta por vencimiento de su plazo de duración[1278].

La existencia de un juicio donde se persigue la remoción judicial del administrador de una sociedad en comandita por acciones no impide que una asamblea judicialmente convocada, mientras tramita esa demanda, pueda aprobar su reemplazo, pues el tratamiento de esta cuestión se encuentra dentro de la esfera de la competencia del órgano de gobierno de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto por el art. 234 inc. 3º de la ley 19.550 y ello no puede ser alterado por la circunstancia de que algún accionista haya promovido una acción de remoción contra el administrador desplazado[1279].

ART. 320.—

Acefalía de la administración. Cuando la administración no pueda funcionar, deberá ser reorganizada en el término de 3 meses.

Administrador provisorio. El síndico nombrará para este período un administrador provisorio, para el cumplimiento de los actos ordinarios de administración, quien actuará con los terceros con aclaración de su calidad. En estas condiciones, el administrador provisorio no asume la responsabilidad del socio comanditado.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 258. Resolución general IGJ 7/2015, arts. 133. LSC Uruguay: art. 479.

§ 1. Acefalía de la administración de la sociedad en comandita por acciones

El art. 320 de la ley 19.550 legisla un supuesto que puede presentarse con frecuencia: la ausencia, incapacidad o fallecimiento del administrador o de la totalidad de ellos.

Se prevé, al respecto, una solución diversa a la legislada para las sociedades en comandita simple: los socios comanditarios no asumen la administración, sino que el síndico debe designar, en el término de tres meses de quedar acéfala la misma, un administrador provisorio para el cumplimiento de los actos ordinarios, quien actuará con los terceros con aclaración de su calidad, sin asumir la responsabilidad de los juicios comanditados. Debe advertirse que:

a) La designación puede recaer en cualquiera de los restantes socios, comanditados, comanditarios o terceros. Téngase en cuenta que la ley 19.550 no exige, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto previsto por el art. 140, la quiebra, incapacidad o muerte de todos los socios comanditados, y en consecuencia, podría ser designado válidamente un socio comanditario como administrador provisorio, pese a la existencia de socios de otra categoría.

b) La circunstancia de que la ley le atribuya al síndico el derecho de designar administrador provisorio, no implica que pueda optar por la vía autorizada por los arts. 236 y 294, inc. 7º, convocando a asamblea de socios a efectos de regularizar la situación planteada, procedimiento que aparece aconsejable cuando nadie acepte el cargo conferido. En el último de los casos, fracasada la convocatoria, puede solicitarse la intervención judicial, como lo ha reconocido la jurisprudencia(1280).

c) Si la sociedad ha prescindido de la sindicatura, en los términos del art. 284 de ley 19.550, toma vigencia la solución prevista por el art. 140, atento lo dispuesto por el art. 324 de este cuerpo legal.

Debe inscribirse en el Registro Público la cesación en su cargo de los administradores de las sociedades en comandita por acciones (art. 60 de la ley 19.550), carga que debe ser cumplida aún cuando ella provoca la acefalía de la administración(1281).

ART. 321.—

Asamblea: partícipes. La asamblea se integra con socios de ambas categorías. Las partes de interés de los comanditados se considerarán divididas en fracciones del mismo valor de las acciones a los efectos del quórum y del voto. Cualquier cantidad menor no se computará a ninguno de esos efectos.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 233 a 254, 322. Resolución general IGJ 7/2015, arts. 133 y 139.LSC Uruguay: art. 480.

ART. 322.—

Prohibiciones a los socios administradores. El socio administrador tiene voz pero no voto, y es nula cualquier cláusula en contrario en los siguientes asuntos:

1) Elección y remoción del síndico;

2) Aprobación de la gestión de los administradores y síndicos, o la deliberación sobre su responsabilidad;

3) La remoción prevista en el art. 319.

CONCORDANCIA: LSC: art. 321. Resolución general IGJ 7/2015, art. 133.LSC Uruguay: art. 480.

§ 1. Funcionamiento del órgano de gobierno en las sociedades en comandita por acciones

Rigen para las sociedades en comandita por acciones, las disposiciones previstas por la ley 19.550 para las asambleas de sociedades anónimas en lo que hace a su convocatoria, publicidad, quórum, requisitos de reunión, votación y competencia, dividiéndose las mismas en ordinarias y extraordinarias, de conformidad al temario a considerar, en los términos de los arts. 234 y 235 de la ley societaria.

Las asambleas se integran con socios de ambas categorías, y las partes de interés de los socios comanditados se consideran divididas en fracciones del mismo valor de las acciones, a los efectos del quórum y voto. Cualquier cantidad menor no se computará a ninguno de esos efectos. El estatuto deberá, por su parte, indicar el valor del voto de las partes de interés cuando se hayan emitido acciones privilegiadas, que, como se sabe, pueden conferir hasta cinco votos por acción (art. 216 de la ley 19.550).

El socio administrador tiene voz pero no voto en la elección y remoción del síndico, aprobación de la gestión de los administradores y síndicos o la deliberación sobre su responsabilidad, y en el supuesto de discutirse su remoción, en los términos del art. 319 de la ley en análisis. La ley ha querido, a través de lo dispuesto por el art. 322, proteger al socio comanditario, quitándole

injerencia al, comanditado administrador en la designación y remoción del síndico, para que este órgano no se convierta en una mera prolongación de la administración, sancionándose con la nulidad cualquier cláusula en contrario.

En cuanto al quórum y mayorías, rigen los artículos correspondientes a las asambleas de las sociedades anónimas —arts. 243 y 244—, pero previendo una cuestión específica de las sociedades en comandita por acciones, el art. 323 establece que la cesión de la parte social del socio comanditado requiere el quórum y las mayorías previstas por el art. 244.

La circunstancia de que la asamblea de la sociedad en comandita por acciones se integra con socios de ambas categorías, como expresamente lo dispone el art. 321 de la ley 19.550, no significa que la participación de uno solo de los socios en el acto asambleario constituya irregularidad suficiente que afecte la validez de la asamblea o las decisiones adoptadas en ella, pues si bien el art. 321 dispone que la asamblea se integra con socios de ambas categorías, ello responde a la necesidad de igualar los derechos políticos de los socios comanditados y comanditarios, pero no puede de ello sostenerse que la mera ausencia de uno de los socios, de clase diferente al socio presente, resulte suficiente para nulificar el acto asambleario. Como se sostuvo en una resolución de la Inspección General de Justicia, sostener tal invalidez implicaría un verdadero abuso del derecho, en los términos del derogado art. 1071 del Código Civil —hoy art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación— y otorgaría al socio ausente un virtual derecho de veto que la ley 19.550 en momento alguno ha consagrado, y que, si se reiterara, podría llegar a tornar imposible el funcionamiento colegial con consecuencias potencialmente graves para la conservación de la empresa[1282].

§ 2. La sindicatura en las sociedades en comandita por acciones

Si bien la ley 22.903, de reformas a la ley 19.550 permitió la prescindencia de la sindicatura en las sociedades anónimas (art. 284), nada se modificó por aquella ley con respecto a la normativa de las sociedades en comandita por acciones, a pesar de que los arts. 320 y 322 se refieren expresamente a la existencia y a la actuación de la sindicatura.

Ello ha hecho decir a los tribunales que la designación de síndicos en las sociedades en comandita por acciones es imperativa, ya que a tenor de lo establecido por el art. 320 de la ley 19.550, no se advierte otra forma de subsanar la acefalía de la administración que no sea a través de la sindicatura[1283].

No coincido con ello, pues cuando el art. 324 ratifica la aplicación supletoria de las normas de la sociedad en comandita simple al funcionamiento de las sociedades en comandita por acciones, permite ello recurrir a la norma del art.

140, que ante la quiebra, muerte e incapacidad del socio comanditado, permite al socio comanditario realizar los actos urgentes que requiera la gestión de los negocios sociales mientras se regulariza la situación creada, sin incurrir en las responsabilidades de los arts. 136 y 137 de la ley 19.550. Por otro lado, si el legislador hubiese estimado imprescindible la actuación del síndico en estas sociedades e inaplicable la solución prevista por el art. 284 de la ley 19.550, que autoriza su prescindencia, debió haberse incluido una norma expresa en tal sentido, la cual no existe.

ART. 323.—

Cesión de la parte social de los comanditados. La cesión de la parte social del socio comanditado requiere la conformidad de la asamblea según el art. 244.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 235, 244. Resolución general IGJ 7/2015, arts. 133 y 139.LSC Uruguay: art. 482.

La cesión de las participaciones sociales en una sociedad en comandita por acciones requieren siempre, aún cuando se trata de la transferencia de las acciones nominativas no endosables de titularidad del socio comanditario, la formalización de un instrumento escrito, por tratarse de un acto formal, que debe inscribirse en el Público de Comercio, previa conformidad de los restantes socios, cuando se trata de la transferencia de las partes de interés de los socios comanditados o solidarios o en libro de registro de acciones (art. 213 de la ley 19.550), cuando se trata de la cesión de las acciones efectuadas por el socio comanditario.

Ahora bien, y en cuanto a la conformidad de la asamblea prevista por el art. 323 de la ley 19.550, con las rigurosas mayorías previstas por el art. 244 de la ley 19.550, cuando se trata de la cesión de la parte social del socio comanditado, ella no es necesaria cuando esa operación comprendió la mayoría absoluta del capital social de la sociedad en comandita por acciones, por lo que exigir en estos casos el cumplimiento riguroso y formulario de la exigencia legal implicaría imponer a los cedentes prestar conformidad con su propia actuación y de igual modo sucedería respecto del cesionario, por lo que la conformidad asamblearia prevista en el art. 323 de la ley 19.550 aparece como un acto innecesario, porque no es concebible que alguien contradiga sus propios actos con el ejercicio de una conducta incompatible con otra actuación eficaz exhibida con anterioridad[1284].

ART. 324.—

Normas supletorias. Supletoriamente y sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 315 y 316, se aplican a esta sección las normas de la Sección II.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 134 a 140, 315, 316. LSC Uruguay: art. 475.

§ 1. Normas supletorias. Remisión

Si bien la normativa aplicable a las sociedades en comandita por acciones, y la problemática que ella origina ha sido ya estudiada al comentar el art. 316, no está demás reiterar la inadmisibilidad de prever, mediante dos normas antagónicas, el régimen legal aplicable a estas sociedades. Ello no hace otra cosa que dificultar cualquier labor de interpretación, pues debió el legislador ser más explícito en la regulación de este tipo societario, evitando problemáticas remisiones, o sentar un criterio uniforme sobre las normas de la ley 19.550 que son supletoriamente aplicables a las sociedades en comandita por acciones, pero no, como lo ha hecho, predicar por un lado la aplicación supletoria de las normas de las sociedades anónimas e el art. 316, para luego, en el art. 324, ratificar la aplicación de las normas sobre las sociedades en comandita simple, bien que "sin perjuicio de lo dispuesto por los arts. 315 y 316", como dispone el referido art. 324 de la ley 19.550.

Si a ello le sumamos que la ley 22.903, al permitir la prescindencia de la sindicatura, como control interno de la administración de la sociedad, no adaptó esta norma al funcionamiento de las sociedades en comandita por acciones, las dificultades de interpretación de las normas de la sección 7 del Capítulo II de la ley 19.550 se hace casi imposible.

§ 2. Disolución de las sociedades en comandita por acciones.
Reducción a uno el número de socios

Si bien rigen para las sociedades en comandita por acciones, todas las causales de disolución previstas por el art. 94 de la ley 19.550, debe tenerse presente lo dispuesto por el art. 94 bis, incorporado al ordenamiento legal societario por la ley 26.994, que dispone, bajo el título de "Reducción a uno del número de socios", que "La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones y de capital e industrial, en sociedad

anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres meses".

Sin perjuicio de remitirnos, a los fines de la interpretación de tan desafortunada norma, a los comentarios efectuados a la misma, lo cierto es que, atento la imposibilidad de concretar lo que ha dado en llamarse "transformación de pleno derecho", la Inspección General de Justicia, en su art. 202 de la resolución general 7/2015, exige que la transformación "de pleno derecho", se debe inscribir registralmente y cumplir con el procedimiento del art. 74 y ss. de la LGS.

§ 3. Confirmación de las sociedades en comandita por acciones. Remisión

El grave problema que presentó la regularización de las sociedades en comandita por acciones, las cuales, en su inmensa mayoría, cuando ellas habían sido constituidas antes de la vigencia de la ley 19.550, carecían de la identificación del socio comanditario, originó todo tipo de polémicas entre nuestra doctrina y mereció el dictado de fallos contradictorios, a pesar de que el legislador de 1972 había dedicado a esa cuestión una norma específica, para evitar la escasa transparencia que exhibían estas sociedades durante la vigencia del Código de Comercio.

Si bien hoy, a casi cuarenta y cinco años de la sanción de la ley 19.550 el problema ha sido totalmente superando, el tema será tratado con la extensión que ello merece, al comentar el art. 370 de dicho ordenamiento legal.

SECCIÓN VIII - DE LOS DEBENTURES

ART. 325.—

Sociedades que pueden emitirlos. Las sociedades anónimas, incluidas las de la Sección VI y en comandita por acciones, podrán, si sus estatutos lo autorizan, contraer empréstitos, en forma pública o privada, mediante la emisión de debentures. [Texto según ley 23.576]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 327, 332, 333, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 434, 435.

§ 1. Los títulos de deuda en nuestro país

La posibilidad de las sociedades anónimas de emitir títulos de deuda como medio para satisfacer sus necesidades de financiación, ya había sido prevista por el art. 365 del Código de Comercio, que autorizaba a aquellas compañías a emitir "bonos u obligaciones nominales o al portador, hasta el monto del capital realizado".

La utilización de esos instrumentos quedó prácticamente reservada a las sociedades extranjeras que operaban en el país (en especial, compañías inglesas a cargo de empresas ferroviarias), las cuales recurrían a la legislación inglesa para la emisión de tales títulos, que recibieron la denominación de "debentures", y que fueron incorporados oficialmente a la legislación argentina a través de la ley 8875 del 23 de noviembre de 1912, cuya fuente fue, precisamente, aquella legislación extranjera.

Las escasas emisiones de debentures realizadas durante la vigencia de la ley 8875, que se prolongó hasta 1972 y que nunca llegaron a cotizarse, motivaron a los redactores de la ley 19.550 para reformar el régimen legal de esos instrumentos, convencidos de la bondad del instituto y de que su fracaso obedecía en lo fundamental a las deficiencias de su regulación.

En tal sentido, y variando sobre el régimen anterior, autorizaron la emisión de debentures en moneda extranjera como medio idóneo para posibilitar el ingreso de capitales financieros del exterior e incorporaron, entre otras modificaciones, al debenture convertible en acción.

Casi contemporáneamente, con la sanción de la ley 19.550, en el año 1971 se había dictado la ley 19.060 que autorizó a las sociedades anónimas cuyas acciones cotizaban en bolsa, a emitir "bonos de obligación convertible para su oferta pública". Como bien recuerda Kenny[1285], se trataba de un título diferente al debenture, no solo por su convertibilidad en acción (lo cual no se encontraba previsto por la ley 8875 vigente en esa época), sino también porque no preveía la actuación de un fideicomisario que representara a los propietarios de los títulos, estableciendo una relación directa entre la sociedad emisora y los obligacionistas.

La experiencia demostró que esas iniciativas legislativas estuvieron condenadas al fracaso. En el caso de los bonos convertibles en acciones, fundamentalmente porque su emisión estaba reservada con exclusividad a las sociedades anónimas con oferta pública autorizada. Con respecto a los debentures, regulados luego de 1972 por la Ley de Sociedades Comerciales,

fracasaron por otras circunstancias: en primer lugar, por defectos de su legislación, muy poco flexible en cuanto a las formalidades de emisión (se necesitaba una reforma de los estatutos) y en lo fundamental, por las excesivas atribuciones del fiduciario, quien podía solicitar judicialmente la intervención de la administración de la sociedad emisora en caso de mora en el cumplimiento de sus obligaciones con sus debenturistas o en otros supuestos (pérdida parcial de su patrimonio o quiebra de la sociedad), ajenos a la relación contractual con los titulares de debentures, con lo cual el empresariado nacional vio con desconfianza y recelo estos títulos que podían convertir a los debenturistas en los administradores de la emisora, en situaciones de excepción(1286).

Por otra parte, el marco de inestabilidad económica en el cual se desenvolvió la sociedad argentina durante décadas, también conspiró contra la emisión de estos títulos privados, cuyas características radican esencialmente en el factor tiempo y en la perdurabilidad de las condiciones económicas(1287).

Las sociedades anónimas optaron, ante la necesidad de obtener financiación externa, por la emisión de acciones preferidas, disfrazando al inversor con el ropaje de un accionista, a quien se privaba de los derechos políticos y se le prometía un rescate a corto o mediano plazo. Esta viciosa práctica llevó a cuestionar el carácter de participación societaria a las acciones preferidas, cuando las mismas eran emitidas sin derecho a voto y con cláusulas de rescate, interpretación que fuera objeto de severos cuestionamientos gracias a la pluma de Alegria, quien en un esclarecedor artículo, puso las cosas en su lugar(1288).

§ 2. Las obligaciones negociables. Su regulación legal

Era evidente, pues, la necesidad de crear un nuevo título o instrumento de financiación para las empresas, dotado de una mayor agilidad y flexibilidad para su emisión y no reservado exclusivamente a las compañías mercantiles, superando, por otra parte, el estigma de los debentures y los bonos convertibles de la ley 19.060.

Aparece entonces en nuestro panorama bursátil, un nuevo título de deuda privada, denominado "obligación negociable", que es incorporado por la res. gral. 85 de la Comisión Nacional de Valores del año 1983, cuya cotización es regulada por la res. 13/1983 de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, proceso que culminó con la sanción de la ley 23.576, reformada poco tiempo después por la ley 23.962 del 29/6/1988, denominada "Ley de Obligaciones Negociables" reglamentada por el decreto 156 del Poder Ejecutivo el 27 de febrero de 1989. Es la que actualmente nos rige y bajo cuyo marco han sido lanzadas al mercado bursátil varias emisiones que hacen presumir que el recelo que despertaron los debentures o bonos convertibles en dicho mercado ha quedado totalmente superado.

La ley 23.576, modificada por la ley 23.962 de Obligaciones Negociables, si bien ha tomado como fuente, entre otros antecedentes legislativos, a las normas que los arts. 325 a 360, LSC, dedican a los debentures, ha incorporado también una serie de normas que alientan la emisión de obligaciones negociables y que ofrecen innumerables ventajas sobre aquellos títulos:

1) En primer lugar, las obligaciones negociables pueden ser emitidas por: sociedades por acciones, cooperativas, asociaciones civiles constituidas en el país y sucursales de sociedades por acciones constituidas en los términos del art. 118, LSC (art. 1º, ley 23.576), con lo cual se ha ampliado acertadamente el mercado de los títulos de deuda privada, reservado históricamente para las sociedades por acciones.

2) Las obligaciones negociables pueden ser emitidas con cláusula de reajuste del capital, conforme pautas objetivas de estabilización y pueden otorgar un interés fijo o variable (art. 42, ley 23.576).

3) Se establece un régimen de libertad de salida del país y regreso al mismo de las obligaciones negociables (art. 4º).

4) Se reglamenta en forma más minuciosa y detallista el régimen de las obligaciones convertibles en acciones, cuya opción es otorgada exclusivamente al obligacionista para convertirse en titular de acciones de la sociedad emisora (arts. 5º y 20).

5) Se flexibiliza el régimen de emisión de las obligaciones negociables, cuando las mismas son emitidas por sociedades por acciones o cooperativas, en las cuales, y a diferencia de los debentures, no se requiere la autorización de los estatutos o su modificación en caso contrario. En tales entidades, la emisión de obligaciones negociables puede ser resuelta por una asamblea general ordinaria, salvo las obligaciones convertibles en acciones, cuya emisión es competencia de las asambleas extraordinarias, con excepción de las sociedades autorizadas a hacer oferta pública de sus acciones (art. 9º, ley 23.576).

6) No es obligatorio para la sociedad emisora recurrir a una institución bancaria o financiera, mediante la celebración de un contrato de fideicomiso, para la defensa de los derechos o intereses que colectivamente correspondan a los obligacionistas (art. 13, ley 23.576), y aun cuando se recurra a dichas instituciones, esta no tiene las exorbitantes facultades que la ley 19.550, en materia de debentures, pone en manos del fiduciario o fideicomisario, que puede llegar incluso a la suspensión del órgano de administración de la sociedad emisora, en supuestos excepcionales. Por el contrario, la ley 23.576 no otorga facultad alguna al fideicomisario en tal sentido, prefiriendo otorgar a los obligacionistas la vía ejecutiva contra la sociedad emisora para reclamar el capital, actualizaciones o intereses y para ejecutar las garantías otorgadas (art. 29, ley citada), sin agregar más privilegios que los estrictamente reservados por nuestro ordenamiento positivo a cualquier acreedor, tendientes a asegurar la integridad del patrimonio del deudor que constituye la garantía común de aquellos[1289].

7) Es también ponderable, en la ley 23.576, el equilibrio logrado para no restringir ni afectar las facultades de reorganización de la sociedad emisora sin lesionar los intereses de los titulares de los obligacionistas, a quienes se le otorga, frente a determinados supuestos, el ejercicio de ciertos derechos. De tal manera, el art. 15 de la ley 23.576 requiere el consentimiento de los obligacionistas en caso de retiro de oferta pública o cotización de las obligaciones o de las acciones, cuando aquellas fueran convertibles, con derecho al reembolso para los obligacionistas disconformes o ausentes, que deberán ejercerse en la forma y plazos previstos para el derecho de receso por los accionistas.

Del mismo modo, el art. 15 de la ley citada contempla el caso de retiro de la oferta pública o cotización, a raíz de la sanción aplicada a la sociedad emisora (como supuesto legítimamente para los obligacionistas poseedores de títulos convertibles) de exigir el reembolso anticipado. Y con la misma filosofía, en los casos de fusión o escisión de la emisora (art. 27) se declara que el titular de obligaciones no convertibles tiene el derecho de ser reembolsado o suficientemente garantizado.

8) La ley 23.576, siguiendo la moderna orientación de la ley 22.903, ha previsto la emisión de obligaciones negociables no incorporadas a títulos, adaptando para estas el régimen de las acciones escriturales previstas por el art. 208 de la ley societaria.

9) Finalmente, y sin detenernos en otros aciertos de la ley 23.576, la incorporación de importantísimos beneficios fiscales (arts. 35 a 37) constituye un ingrediente fundamental de seducción para la emisión de obligaciones negociables, del cual carecía la regulación prevista por la ley 19.550 en materia de debentures.

§ 3. Los debentures. Concepto e importancia

Si bien luego de lo expuesto en los párrafos anteriores, y convencido de que, luego de la ley 23.576 de Obligaciones Negociables, la existencia de los debentures dentro de nuestro ordenamiento societario quedará como una simple curiosidad legislativa, que solo ayudará a comprender los antecedentes históricos de las obligaciones negociables, los alcances y finalidad de esta obra me obligan a comentar los arts. 325 a 360 de la ley en análisis.

Los debentures pueden definirse como aquellos títulos negociables emitidos por una sociedad que toma prestado del público un capital importante, a largo plazo, dividiendo su deuda respecto a cada inversor en títulos de igual valor, denominados debentures u obligaciones[1290].

La emisión de debentures responde a una necesidad de la sociedad de lograr fondos o capital de refresco, prescindiendo del procedimiento establecido por la ley para el aumento de capital que muchas veces no puede llevarse a cabo por no existir reservas o utilidades capitalizables ni interés de los accionistas en realizar nuevas aportaciones.

A través de la emisión de debentures se concreta una operación de préstamo por parte de la sociedad, entregando títulos al portador o nominales, que confieren a sus titulares el derecho de percibir la devolución del préstamo, con los intereses estipulados, en los plazos convenidos(1291).

Los debentures, al igual que las acciones, son títulos valores causales sometidos a los principios de necesidad, autonomía y literalidad que los caracterizan. Sin embargo, se distinguen claramente de aquellas, pues la acción otorga a su titular el ejercicio de los derechos patrimoniales y políticos inherentes a la calidad de socio, mientras que el debenture es representativo de un crédito contra la sociedad, que no confiere más derechos que los que la ley 19.550 le otorga.

El art. 325 prescribe que solo las sociedades anónimas y en comandita por acciones pueden emitir debentures, excluyéndose los restantes tipos societarios, fundándose, seguramente, en que aquellas, por su forma jurídica, ofrecen un mínimo de garantía a sus inversores. Esta limitación no rige, sin embargo, para las sociedades extranjeras, las cuales, sin distinción de tipos, pueden emitir debentures con garantía flotante o especial sobre bienes situados en la República, con sujeción a lo normado por el art. 360 de la ley(1292).

§ 4. Formalidades de emisión

La ley ha señalado, para las sociedades autorizadas, una sola limitación a la emisión de debentures: la inclusión de cláusula permisiva en el correspondiente estatuto. Sin embargo, aun presente este requisito, la emisión no puede ser ejercitada por decisión del órgano de administración, pues el art. 235, LSC, expresamente prevé que una decisión en tal sentido requiere la celebración de una asamblea extraordinaria de accionistas, sometida al quórum y las mayorías previstas por el art. 244, párrafo 1º y 3º de la ley. Sin perjuicio de ello, nada obsta a que, resuelta la emisión por el órgano de gobierno en la forma prevista, se delegue en el directorio la época de emisión, a la espera del momento más favorable.

§ 5. Derechos de los debenturistas

Una vez efectuada la suscripción, el debenturista goza del derecho al reembolso de sus títulos en el término convenido y al pago de los intereses estipulados, cuya tasa debe ser idéntica para todas las obligaciones de una misma emisión (art. 337, párrafo 1º).

Nuestra ley nada aclara sobre el tipo de interés que pueden ofrecer las obligaciones, y su silencio no puede entenderse como excluyente de otro interés que no sea fijo o invariable por todo el término del empréstito, que es la regla general(1293). La legislación comparada ofrece concretos ejemplos de tasas ajustables conforme a variaciones de precios y con cláusulas de interés variable, de aplicación en nuestro medio, por imperio del art. 1197 del Código Civil —hoy art. 959 del Código Civil y Comercial de la Nación—.

La tasa de interés ajustable conforme variación de precios ofrece indudables ventajas en épocas de deterioro de nuestro signo monetario por efectos de la inflación, en las cuales, la colocación de valores a renta fija puede resultar de escaso atractivo(1294). Por otro lado, la llamada cláusula de interés variable, o también denominada préstamo con participación en los beneficios, ofrece a los debenturistas un interés calculado sobre los resultados de la empresa deudora, generalmente sobre el monto de las utilidades realizadas por la sociedad, al cierre de cada ejercicio(1295).

Vencido el término del empréstito contraído, la sociedad debe cancelar las obligaciones en el tiempo convenido, reembolsando su importe a los acreedores debenturistas. No obstante ello, y para evitar fuertes desembolsos a la época de la cancelación, nada obsta tampoco a que la amortización pueda ser llevada a cabo en forma progresiva, pero en tal supuesto debe indicarse expresamente en los títulos de debentures y en el contrato de fideicomiso la manera que la sociedad emisora utilizará para ejecutar la amortización parcial, ya sea por sorteo o rescate en Bolsa cuando las obligaciones tengan cotización.

ART. 326.—

Clases. Convertibilidad. Los debentures serán con garantía flotante, con garantía común, o con garantía especial.

La emisión cuyo privilegio no se limite a bienes inmuebles determinados, se considerará realizada con garantía flotante.

Moneda extranjera. Pueden ser convertibles en acciones, de acuerdo al programa de emisión y emitirse en moneda extranjera.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 11 inc. 4º, 327, 332, 333, 369 inc. e). Resolución general IGJ 7/2015, art. 326.LSC Uruguay: art. 440.

§ 1. Clases de debentures

Los debentures emitidos por la sociedad pueden ser de distintas clases. Según la forma de designar a su titular se dividen en nominativas y al portador (art. 335); según que su suscriptor entregue a la sociedad la totalidad de su valor nominal o deduzca una parte de él, se clasifican en obligaciones con o sin prima[1296]. Asimismo, según el cálculo de los intereses, se dividen en debentures con interés fijo o variable, con las modalidades señaladas en el título anterior, y finalmente, según clasificación expresa de la ley 19.550, conforme la garantía que la sociedad ofrece a sus inversores, los debentures se clasifican en obligaciones con garantía flotante, común o especial.

El art. 334 legisla las llamadas obligaciones convertibles en acciones, pero debe advertirse que la emisión de los mismos no constituye una clase de debentures sino una modalidad de los mismos, que puede o no estar presente en las clases señaladas anteriormente, y que se ofrece a los inversores como un aliciente más para suscribir aquellos, con la posibilidad de convertirse en accionistas al término de la operación.

La ley 19.550 clasifica los debentures en:

a) Debentures con garantía flotante. Su emisión afecta a su pago todos los bienes muebles o inmuebles, presentes y futuros, o una parte de ellos de la sociedad deudora, otorgando a sus titulares los derechos que corresponden a los acreedores prendarios, hipotecarios o anticresistas, según el caso, sin someterlos a las formalidades prescriptas para esos derechos reales.

b) Debentures con garantía común. En este caso, el pago de los intereses o amortizaciones no se encuentra garantizado en forma especial con algún bien específico de la sociedad deudora. La ley, si bien considera en su art. 332 a los debenturistas de esta clase como simples quirografarios, lo hace teniendo en cuenta precisamente la falta de garantías especiales para el cobro de sus acreencias, pero ello no significa que su posición pueda asimilarse a la de cualquier acreedor quirografario del ente emisor, pues a los debenturistas les asiste el derecho de controlar los libros y la administración de la sociedad, e incluso solicitar la suspensión del directorio en determinados supuestos (arts. 344, 345 y 346, LSC).

c) Debentures con garantía especial. Su emisión afecta a su pago bienes determinados de la sociedad, susceptibles de ser hipotecados (art. 333, LSC), gobernándose por las disposiciones específicas de este derecho real, con

excepción del plazo de validez, que puede prolongarse por el término de cuarenta años.

Por su parte, y teniendo en cuenta autorizadas opiniones doctrinarias[1297], el art. 343, LSC, receptó la emisión de debentures, no ya como forma de facilitar un préstamo a la sociedad, sino para consolidar el pasivo de la misma, teniendo en consideración los resultados positivos arrojados por la ley 17.122 (arts. 13 y ss.) que autorizaban la emisión de obligaciones en favor de la Dirección Nacional de Recaudación Previsional„ para cancelar deudas de esa naturaleza.

Finalmente, los debentures pueden emitirse en monedas extranjera, modificando la ley 19.550, en este sentido, el régimen de la ley 8875, a efectos de posibilitar el ingreso de capitales financieros del exterior, que pueden obtener por este medio garantía efectiva para el cobro de intereses y reembolso) del capital en moneda estable (véase Exposición de Motivos)..

ART. 327.—

Garantía flotante. La emisión de debentures con garantía flotante afecta a su pago todos los derechos, bienes muebles o inmuebles, presentes y futuro o una parte de ellos, de la sociedad emisora, y otorga los privilegios que corresponden a la prenda, a la hipoteca o la anticresis, según el caso.

No está sometida a las disposiciones de forma que rigen esos derechos reales. La garantía se constituye por la manifestación que se inserte en el contrato de emisión y el cumplimiento del procedimiento e inscripciones de esta ley.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 328, 329, 369 inc. e); ley 19.551: arts. 156 inc. 2º, 265 inc. 7º. LSC Uruguay: arts. 440, 441.

ART. 328.—

Exigibilidad de la garantía flotante. La garantía flotante es exigible si la sociedad:

1) no paga los intereses o amortizaciones del préstamo en los plazos convenidos;

2) pierde la cuarta parte o más del activo existente al día del contrato de emisión de los debentures;

3) incurre en disolución voluntaria, forzosa, o quiebra;

4) cesa el giro de sus negocios.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 94, 327, 345, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 44:0,

ART. 329.—

Efectos sobre la administración. La sociedad conservará la disposición y administración de sus bienes como si no tuvieren gravamen, mientras no ocurra uno de los casos previstos en el artículo anterior.

Estas facultades pueden excluirse o limitarse respecto de ciertos bienes en el contrato de emisión. En este supuesto debe inscribirse la limitación o exclusión en el registro correspondiente.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 328, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 461, 462.

ART. 330.—

Disposición del activo. La sociedad que hubiese constituido una garantía flotante, no podrá vender o ceder la totalidad de su activo, ni tampoco parte de él, si así imposibilitare la continuación del giro de sus negocios. Tampoco podrá fusionarse o escindirse con otra sociedad sin autorización de la asamblea de debenturistas.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 82, 88, 328 incs. 2º y 4º. LSC Uruguay: art. 446.

ART. 331.—

Emisión de otros debentures. Emitidos debentures con garantía flotante, no pueden emitirse otros que tengan prioridad o deban pagarse par¡ passu con los primeros, sin consentimiento de la asamblea de debenturistas.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 327, 330, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 440, 441.

§ 1. Emisión de debentures con garantía flotante. Extensión

Como se señaló, la emisión de debentures con garantía flotante afecta a su pago todos los derechos, bienes muebles o inmuebles, presentes y futuros, o una parte de ellos de la sociedad deudora.

Esta garantía se denomina flotante, pues, como su nombre lo indica, flota sobre todos los bienes del deudor sin tocarlos; es una garantía "que duerme hasta que un hecho determinado viene a despertarla; entonces se asienta sobre los bienes y los toma en la situación y forma que en ese momento se encuentran"[(1298)].

La garantía flotante, llamada también hipoteca móvil, presenta indudables ventajas sobre la prenda o hipoteca, pues no inmoviliza los bienes del patrimonio del deudor, quien conserva en principio la administración y disposición de sus bienes, como si no se encontraran afectados a gravamen alguno (art. 329), permitiéndole el desenvolvimiento habitual y corriente de su giro comercial. Ello no implica desprotección de los derechos de los acreedores debenturistas pues: a) la garantía se proyecta también a los bienes adquiridos con posterioridad a la emisión de las obligaciones; b) la ley 19.550 autoriza la limitación o exclusión de ciertos bienes de la facultad de disposición de la sociedad emisora (art. 329), sin perjuicio de la exigibilidad inmediata de la garantía, en los supuestos de pérdida de la cuarta parte o más del activo existente al día del contrato de emisión, disolución voluntaria, forzosa o quiebra, o cese del giro de los negocios de la sociedad deudora.

Precisamente, por la naturaleza de la garantía flotante, que implica indeterminación de los bienes afectados a la misma, la ley no somete a la emisión de debentures con esta garantía, las disposiciones de forma que rigen esos derechos reales. La garantía se constituye solo por la manifestación que se inserta en el contrato de emisión y cumplimiento del procedimiento establecido por la ley 19.550, aun cuando debe aclararse —como se vio— que la sociedad puede limitar o excluir la disposición de ciertos bienes de su propiedad, en cuyo caso esa limitación o exclusión debe inscribirse en el registro correspondiente.

Los acreedores debenturistas conservan los privilegios que corresponden a la prenda, hipoteca o anticresis, según el caso, sin perjuicio de los concedidos expresamente por la ley 19.550, que autoriza incluso a los mismos, a través de su representante, a liquidar los bienes de la sociedad deudora en caso de mora

en el pago de los intereses o amortización (arts. 347 y 348), para el más rápido cobro de sus créditos.

No obstante lo expuesto, y hasta tanto la deuda no sea exigible, el ente emisor conserva la administración y disposición de los bienes de su propiedad, como si no tuvieran gravamen, con la excepción ya señalada del art. 329, párrafo 2º, sin perjuicio de lo cual, y preservando el patrimonio de la sociedad, en defensa de los acreedores debenturistas, la ley prohíbe a aquella la venta o cesión de la totalidad de su activo o incluso parte de él cuando de esa forma se imposibilitare el cumplimiento del objeto social, y le exige autorización de la asamblea de debenturistas en caso de resolverse la fusión o escisión con otra sociedad, o nueva emisión de debentures con idéntica garantía (art. 331), aun cuando la prohibición, en este último caso, no alcanza a las nuevas series de la misma emisión (art. 337).

ART. 332.—

Con garantía común. Los debentures con garantía común cobrarán sus créditos pari passu con los acreedores quirografarios, sin perjuicios de las demás disposiciones de esta sección.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 345, 351, 369 inc. e); ley 19.551: arts. 53, 156 inc. 2º.

§ 1. Emisión de debentures con garantía común

A pesar de la redacción del artículo, la ley solo ha querido asimilar los debenturistas con garantía común a los acreedores quirografarios en la forma de cobrar sus respectivos créditos contra la sociedad, en el sentido de excluir la afectación de un bien específico para la satisfacción de su acreencia, pero la asimilación allí concluye, pues los debenturistas, a través de su representante —fiduciario— pueden revisar la contabilidad y documentación de la empresa, asistir a las reuniones de los órganos de gobierno y administración de la misma, e incluso solicitar judicialmente la suspensión del directorio en determinados supuestos (art. 345).

La extensión de sus facultades representa, en consecuencia, garantías mucho mayores que otras seguridades o garantías que pudieran otorgarse, pues no caben dudas de que una eventual decisión de los debenturistas de disolver la

sociedad, adoptada en el supuesto previsto por el art. 347, LSC, tiene mayor virtualidad a efectos de su rápido cobro, que una medida cautelar contra los bienes que componen el activo de aquella.

ART. 333.—

Con garantía especial. La emisión de debentures con garantía especial afecta a su pago bienes determinados de la sociedad susceptibles de hipoteca.

La garantía especial debe especificarse en el acta de emisión con todos los requisitos exigidos para la constitución de hipoteca y se tomará razón de ella en el registro correspondiente. Le serán aplicables todas las disposiciones que se refieren a la hipoteca, con la excepción de que esta garantía puede constituirse por el término de 40 años. La inscripción que se haga en el registro pertinente surte sus efectos por igual término.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 326, 369 inc. e); Código Civil: art. 3149; ley 19.551: arts. 53, 156 inc. 2º, 266 a 269.

§ 1. Emisión de debentures con garantía especial

La claridad del art. 333 exime de mayores comentarios: la garantía especial debe especificarse en el acta de emisión, con todos los requisitos exigidos por el art. 2209 del Código Civil y Comercial de la Nación, para la constitución de hipotecas, tomándose razón de ella en el registro correspondiente para surtir efectos frente a terceros.

Le son aplicables a la emisión de debentures con garantía especial todas las disposiciones referentes a la hipoteca (arts. 2205 y ss. del Código Civil y Comercial), con la excepción de que esta garantía puede constituirse por el término de cuarenta años. La inscripción que se haga en el registro pertinente surte efectos por igual término.

ART. 334.—

Debentures convertibles. Cuando los debentures sean convertibles en acciones:

1) los accionistas, cualquiera sea su clase o categoría, gozarán de preferencia para su suscripción en proporción a las acciones que posean, con derecho de acrecer;

2) si la emisión fuere bajo la par la conversión no podrá ejecutarse en desmedro de la integridad del capital social;

3) pendiente la conversión, está prohibido: amortizar o reducir el capital, aumentarlo por incorporación de reservas o ganancias, distribuir las reservas o modificar el estatuto en cuanto a la distribución de ganancias.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 194, 203, 223, 269 inc. e). LSC Uruguay: arts. 442, 443.

§ 1. Debentures convertibles en acciones. Concepto y problemática

La ley 19.550 ha incorporado a nuestra legislación los debentures convertibles en acciones, de amplia difusión en la legislación comparada[1299].

Los debentures convertibles en acciones no son una clase de debentures, sino una variante que pueden ofrecer las obligaciones emitidas con o sin garantía: el título posee todas sus características —interés fijo, amortización a fecha determinada, etc.— y su titular ocupa la posición de acreedor de la sociedad, pero goza, como beneficio especial e independiente de los derechos de los debentures ordinarios, de la facultad de solicitar la conversión del debenture en acciones de la sociedad emisora[1300].

La explicación de su inclusión en la normativa legal se encuentra en la Exposición de Motivos, donde claramente se expone que, con la norma del art. 334 se ha perseguido la creación de un aliciente para los grupos mayoritarios, a efectos de incrementar sus inversiones cuando las acciones se coticen por debajo de la par.

La conversión debe ser siempre facultativa para el debenturista[1301], y este puede, al vencimiento de la obligación, ejerce la opción, ya sea percibiendo la amortización correspondiente, u ocupar la posición del accionista con los derechos y obligaciones que ello importa.

En otras palabras, la emisión de debentures convertibles ofrece ventajas para el inversor: por lo pronto, asume la posición más segura de acreedor, con derecho al pago de los intereses y al rescate del capital, independientemente de la marcha próspera o adversa de la sociedad, pero al mismo tiempo puede llegar a ser accionista, si ello le interesa, en vista a la situación patrimonial del ente emisor[1302].

La emisión de debentures convertibles en acciones no implica en consecuencia un aumento de capital que deba ser llevado a cabo con anterioridad a la fecha de su emisión, sino posteriormente, a la época de su conversión, con los inversores que hayan manifestado su voluntad de ingresar a la sociedad, sobre la tasa de canje prevista en el contrato y en proporción al número de títulos que aquellos posean.

No pasará inadvertido que, a través de la emisión de debentures convertibles podría fácilmente violarse el derecho de preferencia legislado por el art. 194 de la ley 19.550,máxime cuando la emisión de los mismos puede llevarse a cabo no exclusivamente por sociedades que cotizan en Bolsa (art. 325). El legislador, previendo el supuesto, en el art. 194, párrafo 5º, otorga a los accionistas el derecho preferencial de suscripción, incluso con derecho de acrecer, en el caso de emisión de obligaciones de esta naturaleza, derecho que pueden ejercer cualquiera que sea la clase o categoría de acciones de que sean titulares.

El art. 334, inc. 2º, autoriza, por su parte, la emisión de debentures bajo la par, es decir, con precio de emisión inferior al valor nominal de las acciones. No obstante ello, como la conversión no puede hacerse en desmedro del capital social, el contrato de emisión debe prever el procedimiento de integración de la diferencia, a la época de hacer efectiva la conversión, por ejemplo, exigiendo la integración por los debenturistas[1303].

Pendiente la conversión, y en defensa de los acreedores debenturistas, la ley prohíbe a la sociedad emisora amortizar o reducir el capital social, y, aun dándose el supuesto de reducción forzosa previsto en el art. 206, capitalizar utilidades o reservas, distribuir estas últimas, y modificar el estatuto en la forma de distribuir las utilidades o soportar las pérdidas.

Pero debe advertirse que:

a) La disposición persigue mantener intactas las bases fundamentales del contrato de emisión, evitando todas aquellas maniobras que puedan desalentar su posible conversión.

b) Esta modalidad de debentures implica una modificación importante en relación con el régimen de los debentures en general, pues para estos, la ley autoriza la reducción del capital social en proporción a los debentures reembolsados, proporción que incluso debe dejarse de lado cuando la reducción del capital es obligatoria (art. 356).

c) Ateniéndose al texto del inc. 3º, art. 334, y a la finalidad del legislador, no se explicaría por qué se prohíbe aumentar el capital por incorporación de

reservas o ganancias, y se autoriza —por exclusión— el aumento de capital puro, con suscripción e integración efectiva por los accionistas. Sin embargo, la explicación se encuentra en el hecho de que no podría mantenerse un mismo capital social durante toda la vigencia del empréstito, que puede prolongarse, como se vio, por el término de cuarenta años (art. 333). En consecuencia, la ley ha contemplado y conciliado dos intereses aparentemente contrapuestos: por un lado, el de los debenturistas, que podrían verse afectados por sucesivos aumentos de capital a través de procedimientos que no requieran desembolsos efectivos por parte de los accionistas, por intermedio de capitalización de utilidades o reservas, máxime cuando aquellas bien pudieron obtenerse por el préstamo concertado, y por el otro, el de la sociedad, la cual, en épocas de constante desvalorización del signo monetario, podría verse afectada en su operatividad si se prohibiese incrementar su capital social, sin hacerse salvedad alguna. No debe olvidarse, por otro lado, que el peligro de aguamiento en la participación de los debenturistas ha sido previsto por el legislador, quien ha reducido considerablemente la importancia del problema al otorgar a los accionistas el derecho de preferencia para adquirir este tipo de obligaciones, e, incluso, la posibilidad de acrecer (arts. 194 y 334, inc. 1º), sin perjuicio de señalar que la conversión en acciones es por naturaleza facultativa, pues no podría obligarse al inversor a ingresar a una sociedad sobre cuya administración no tuvo injerencia, y que, al tiempo de ejercer la opción, puede no ofrecer perspectivas favorables.

ART. 335.—

Títulos de igual valor. Los títulos de debentures deben ser de igual valor y pueden representar más de una obligación.

Forma. Pueden ser al portador o nominativos; en este caso endosables o no. La transmisión de los títulos nominativos y de los derechos reales que los graven debe notificarse a la sociedad por escrito e inscribirse en un libro de registro que deberá llevar al efecto la sociedad deudora. Surte efecto contra la sociedad y los terceros desde su notificación. Tratándose de títulos endosables se notificará el último endoso.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 189, 203, 213, 223, 256, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 436 a 438.

ART. 336.—

Contenido. Los títulos deben contener:

1) la denominación y domicilio de la sociedad y los datos de su inscripción en el Registro Público de Comercio;

2) el número de la serie y de orden de cada título y su valor nominal;

3) el monto de la emisión;

4) la naturaleza de la garantía, y si son convertibles en acciones;

5) el nombre de la institución o instituciones fiduciarias;

6) la fecha del acta de emisión y de su inscripción en el Registro Público de Comercio;

7) el interés estipulado, la época y lugar del pago, y la forma y época de su amortización.

Cupones. Pueden llevar adheridos cupones para el cobro de los intereses o el ejercicio de otros derechos vinculados a los mismos. Los cupones serán al portador.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 11, 326, 334, 341, 369 inc. e). LSC Uruguay: art. 439.

ART. 337.—

Emisión en series. La emisión puede dividirse en series. Los derechos serán iguales dentro de cada serie.

No pueden emitirse nuevas series mientras las anteriores no estén totalmente suscriptas.

Cualquier debenturista puede pedir la nulidad de la emisión hecha en contra de lo dispuesto en este artículo.

Se aplican subsidiariamente las disposiciones relativas al régimen de las acciones en cuanto no sean incompatibles con su naturaleza.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 190, 207, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 437, 448.

§ 1. Emisión de los debentures. Formalidades y circulación

Análogamente a lo dispuesto por los arts. 207 y 208, en lo pertinente, el art. 335 establece que los títulos de debentures deben ser de igual valor y pueden representar más de una obligación.

Pueden emitirse al portador, transfiriéndose por simple tradición, o en forma nominativa, endosables o no, requiriéndose, al efecto señalado, la formalización del correspondiente endoso o convenio de cesión, respectivamente.

Juegan pues las mismas normas que han sido estudiadas al examinar la acción —arts. 207 a 226 de la ley 19.550— (art. 337, último párrafo).

Habiéndose emitido nominativamente, la transmisión de los debentures debe notificarse a la sociedad para surtir efectos contra esta y terceros, notificación que debe cursarse por escrito o inscribirse en el libro de registro de debentures, llevado al efecto por la sociedad emisora, con las formalidades que, para los libros de contabilidad y funcionamiento, establece el Código de Comercio. La ley 19.550 impone asimismo registrar en dicho libro los derechos reales que afecten los debentures emitidos en forma nominativa: prenda y usufructo, así como las medidas cautelares decretadas judicialmente contra el titular de las mismas.

La transmisión de los debentures surte efectos desde su notificación a la sociedad y no desde la inscripción de la misma en el libro de debentures, solución razonable, pues no puede imputarse al cedente la demora de la emisora en la registración de la transferencia.

Si los títulos fueran endosables, el art. 335 prescribe la inscripción del último endoso, a fin de que el tenedor legitimado pueda ejercer sus derechos.

§ 2. Contenido de los debentures

A los efectos de informar adecuadamente al portador, los títulos de debentures deben contener: a) la denominación y el domicilio de la sociedad, y los datos de su inscripción en el Registro Público de Comercio; b) el número de la serie y el de orden de cada título, y su valor nominal; c) el monto total de la emisión; d) la naturaleza de su garantía, y si son convertibles en acciones; e) el nombre de la institución fiduciaria; f) la fecha del acta de emisión y de su

inscripción en el Registro Público de Comercio; g) el interés estipulado, la época y el lugar de pago, y la forma y época de su amortización.

La emisión de obligaciones puede llevarse a cabo en series, solución que resulta conveniente cuando las condiciones del mercado no aconsejen la emisión total de las mismas. No obstante ello, los derechos deben ser iguales dentro de cada serie, bajo sanción de nulidad (art. 334, último párrafo). Se advierte pues, a diferencia de otras legislaciones, la posibilidad de conferir distintos derechos a los suscriptores de series diferentes, pudiendo modificarse los derechos de los debenturistas de una serie en relación con las anteriores, elevándose por ejemplo la tasa de interés, lo que resulta conveniente en épocas de inflación.

El art. 337, párrafo 2º, no autoriza la emisión de nuevas series de debentures cuando las anteriores no estén totalmente suscriptas, emisión que declara nula, la cual puede ser incluso solicitada judicialmente por cualquier debenturista, haciendo así excepción al régimen de representación colectiva y necesaria del fiduciario(1304).

Los títulos pueden llevar adheridos cupones al portador, para el cobro de los intereses o el ejercicio de otros derechos vinculados a los mismos.

ART. 338.—

Contrato de fideicomiso. La sociedad que decida emitir debentures, debe celebrar con un banco un fideicomiso por el que este tome a su cargo:

1) la gestión de las suscripciones;

2) el control de las integraciones y su depósito, cuando corresponda;

3) la representación necesaria de los futuros debenturistas; y

4) la defensa conjunta de sus derechos e intereses durante la vigencia del empréstito hasta su cancelación total, de acuerdo con las disposiciones de esta sección.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 341, 342, 344, 345, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 450, 451.

ART. 339.—

Forma y contenido del contrato de fideicomiso. El contrato que se otorgará por instrumento público, se inscribirá en el Registro Público de Comercio y contendrá:

1) la denominación y domicilio de la sociedad emisora y los datos de su inscripción en el Registro Público de Comercio;

2) el monto del capital suscripto e integrado a la fecha del contrato;

3) el importe de la emisión, naturaleza de la garantía, tipo de interés, lugar del pago y demás condiciones generales del empréstito, así como los derechos y obligaciones de los suscriptores;

4) la designación del banco fiduciario, la aceptación de este y su declaración:

a) de haber examinado los estados contables de los dos últimos ejercicios; las deudas con privilegio que la sociedad reconoce; del monto de los debentures emitidos con anterioridad, sus características y las amortizaciones cumplidas;

b) de tomar a su cargo la realización de la suscripción pública, en su caso, en la forma prevista en los arts. 172 y ss.;

5) la retribución que corresponda al fiduciario, la que estará a cargo de la sociedad emisora.

Cuando se recurra a la suscripción pública el contrato se someterá a la autoridad de control de acuerdo con lo dispuesto en el art. 168.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 5º, 11, 168, 186, 187, 341, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 450 a 452.

ART. 340.—

Suscripción pública: prospecto. En los casos en que el empréstito se ofrezca a la suscripción pública, la sociedad confeccionará un prospecto que debe contener:

1) las especificaciones del art. 336 y la inscripción del contrato de fideicomiso en el Registro Público de Comercio;

2) la actividad de la sociedad y su evolución;

3) los nombres de los directores y síndicos;

4) el resultado de los 2 últimos ejercicios, si no tiene antigüedad menor, y la trascripción del balance especial a la fecha de autorización de la emisión.

Responsabilidad. Los directores, síndicos y fiduciarios son solidariamente responsables por la exactitud de los datos contenidos en el prospecto.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 63 a 65, 336, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 451, 452.

§ 1. Contrato de fideicomiso

Una vez aprobada por asamblea extraordinaria la emisión de debentures, la ley obliga a la sociedad emisora, a través de su órgano de administración, a celebrar con una institución bancaria un contrato de fideicomiso, para que esta tome a su cargo la gestión de las suscripciones, el control de la integración y su depósito, y finalmente, para que asuma la representación de los debenturistas, ejerciendo la defensa conjunta de los derechos e intereses de estos, durante la vigencia del empréstito hasta la cancelación total de los debentures, sin perjuicio de que, una vez suscripta totalmente la emisión, una asamblea de debenturistas designe fiduciario, en los términos del art. 341.

El contrato de fideicomiso se otorga por instrumento público y se inscribe en el Registro Público, pues las condiciones y modalidades de la emisión de obligaciones interesan no solo a los acreedores de la sociedad sino al comercio en general. Debe contener la denominación y el domicilio del ente emisor y los datos de registración del mismo, el monto del capital suscripto e integrado a la fecha del contrato, el importe de la emisión, naturaleza de sus garantías, tipo de interés, lugar de pago y demás condiciones generales del empréstito, así como los derechos y obligaciones de los inversores.

El art. 339, inc. 4º, impone como cláusula necesaria la declaración del Banco fiduciario de haber examinado la contabilidad de los dos últimos ejercicios, las deudas con privilegio que la sociedad reconoce, el monto de los debentures emitidos con anterioridad, sus características y amortización correspondiente. Esta obligación debe cumplirse rigurosamente, pues la ley responsabiliza al fiduciario en caso de dolo o culpa grave en el desempeño de sus funciones.

Por último, debe contar en el contrato de fideicomiso, la remuneración que corresponde al fiduciario, la que estará a cargo de la sociedad emisora, evitándose de esta manera que aquella traslade el pago de la misma a los futuros suscriptores.

Los debentures pueden emitirse en forma pública o privada (art. 325), ya sea por suscripción directa de los interesados, o mediante su ofrecimiento al público, en cuyo caso se someterá el contrato de fideicomiso a la autoridad de control

(art. 168, LSC) y a la Comisión Nacional de Valores (arts. 6º, inc. a], y 16, ley 17.811). Para este supuesto, el art. 340 exige a la sociedad la confección de un prospecto, que deberá contener las especificaciones del art. 336, y lis constancias de inscripción del contrato de fideicomiso en el Registro Público de Comercio, la actividad de la sociedad y su evolución, los nombres de los directores y síndicos y el resultado de los dos últimos ejercicios, si la sociedad emisora no tiene antigüedad menor, y la trascripción del balance especial a la fecha de la autorización de la emisión.

ART. 341.—

Fiduciarios: capacidad. La exigencia de que el fiduciario sea una institución bancaria rige solo para el período de emisión y suscripción. Posteriormente, la asamblea de debenturistas puede designar a cualquier persona no afectada por las prohibiciones del artículo siguiente.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 342, 354, 355, 369 inc. e). LSC Uruguay: art. 455.

ART. 342.—

Inhabilidades e incompatibilidades. No pueden ser fiduciarios los directores, integrantes del consejo de vigilancia, síndicos o empleados de la sociedad emisora, ni quienes no puedan ser directores, integrantes del consejo de vigilancia o síndicos de sociedades anónimas.

Tampoco podrán serlo los accionistas que posean la vigésima parte o más del capital social. [Texto según ley 19.666]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 264, 286, 369 inc. e). LSC Uruguay: art. 456.

§ 1. El fiduciario. Importancia de su actuación. Incompatibilidades

El Profesor Carlos J. Zavala Rodríguez, transcribiendo palabras de Meyer Pellegrini, pronunciadas en oportunidad de sancionarse la ley 8875, que introdujo en nuestro país esta institución, explica la importancia y trascendencia de la actuación del fiduciario o fideicomisario, quien, al representar a los debenturistas, evita la intervención personal de cada uno de ellos en los negocios de la sociedad deudora y la ejecución individual de sus créditos, produciéndose graves confusiones en la liquidación social[1305]. Por ello, tanto la ley 8875 como la actual 19.550 otorgan a este funcionario la representación de todos los acreedores debenturistas, vigilando la marcha de la sociedad e interviniendo en nombre de aquellos a fin de exigir y realizar eventualmente la garantía constituida en favor del debenturista.

El fiduciario debe ser inicialmente la institución bancaria designada por la sociedad emisora, por expreso imperativo legal (art. 341), pretendiendo con ello el legislador introducir un elemento que ha de inspirar confianza al ahorrista, nacional o extranjero. Una vez cubierta la suscripción, el fiduciario es designado por la asamblea de debenturistas, cuyo funcionamiento y resoluciones son gobernados por las normas de las asambleas de las sociedades anónimas (art. 354).

Sin perjuicio de ello, la ley, fundándose en la protección de los inversores, prohíbe a los directores, consejeros, síndicos o empleados de la sociedad, ser electos como fiduciarios, lo que se explica por la naturaleza de las funciones que tienen a su cargo los mismos, las cuales deben ser ejercidas con total independencia de los órganos de administración y gobierno de aquella.

Por análogos fundamentos, el art. 351 prohíbe a la sociedad emisora recibir sus propios debentures en garantía de una obligación, pues en caso de mora en el pago de intereses o amortizaciones, no votará, como integrante de la asamblea de debenturistas, en defensa de estos sino en favor de la sociedad.

Tampoco pueden ser fiduciarios quienes carezcan de capacidad para ser directores, síndicos o integrantes del consejo de vigilancia, es decir, quienes no pueden ejercer el comercio, los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez años después de su rehabilitación; los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco años después de su rehabilitación; los directores o administradores de sociedades cuya conducta se calificara de culpable o fraudulenta, hasta diez años después de su rehabilitación; los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondo y delitos contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades hasta después de diez años de cumplida la condena; los funcionarios de la Administración Pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad hasta el cese de sus funciones; los directores, gerentes y empleados de sociedad controlada o controlante de la emisora; ni finalmente los cónyuges, los parientes por consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado inclusive, y los afines dentro del segundo de los directores o gerentes generales (arts. 264, 280 y 286, LSC).

¿Pueden los accionistas del ente emisor ser designados como fiduciarios por la asamblea de debenturistas? La ley acepta la posibilidad, pero supeditada a que el accionista electo no tenga más del cinco por ciento del capital social, pues en caso contrario podría darse el supuesto de que el fiduciario tenga interés contrario al de los acreedores debenturistas, y ello obviamente se reflejaría en el cumplimiento de las obligaciones que la ley pone a su cargo.

Sin embargo, el art. 342, párrafo 2º, debió dejar a salvo la emisión de debentures convertibles en acciones, pues en este supuesto, al respetarse el derecho de preferencia de los accionistas, podría llegarse al extremo de que el socio mayoritario, convertido en principal acreedor debenturista, carezca de la posibilidad de ser electo fiduciario, lo que lo obligaría a recurrir al artificio de designar un tercero, lo que frustra, sin lugar a dudas, la clara prescripción del art. 342 de la ley societaria.

ART. 343.—

Emisión para consolidar pasivo. Cuando la emisión se haga para consolidar deudas sociales, el fiduciario autorizará la entrega de los títulos previa comprobación del cumplimiento de la operación.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 338, 339, 369 inc. e); Código Civil: arts. 801 y ss.

§ 1. Emisión de debentures para consolidar el pasivo

Siguiendo la opinión de autorizada doctrina en el derecho comparado, la ley 19.550 admite, en su art. 343, la emisión de debentures para consolidar el pasivo de la sociedad emisora[(1306)].

Se recepta, de esta manera, el valioso antecedente que significó en nuestro medio la emisión de debentures de seguridad social (ley 17.122 de 1967), en favor de la Dirección Nacional de Recaudación Previsional, que permitió a las empresas regularizar sus deudas previsionales acumuladas con intereses, recargos y multas.

La ley 17.122 fue, a no dudarlo, un importante avance en relación con la ley 8875, y si bien la misma ha perdido vigencia —preveía un plazo de doce años con un interés congelado del quince por ciento anual sobre saldos— permitió

una posibilidad más amplia y de cumplimiento más general que las simples moratorias[1307].

ART. 344.—

Facultades del fiduciario como representante. El fiduciario tiene, como representante legal de los debenturistas, todas las facultades y deberes de los mandatarios generales, y de los especiales de los incs. 1º y 3º del art. 1881 del Código Civil.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 369 inc. e); Código Civil: art. 1881 incs. 1º, 3º. LSC Uruguay: arts. 458, 461, 462.

ART. 345.—

Facultades del fiduciario respecto de la sociedad deudora. El fiduciario en los casos de debentures con garantía común o con garantía flotante, tiene siempre las siguientes facultades:

1) revisar la documentación y contabilidad de la sociedad deudora;

2) asistir a las reuniones del directorio y de las asambleas con voz y sin voto;

3) pedir la suspensión del directorio:

a) cuando no hayan sido pagados los intereses o amortizaciones del préstamo después de 30 días de vencidos los plazos convenidos;

b) cuando la sociedad deudora haya perdido la cuarta parte del activo existente al día del contrato de emisión;

c) cuando se produzca la disolución forzosa o la quiebra de la sociedad.

Si se trata de debentures emitidos con garantía especial las facultades del fiduciario se limitan a ejecutar la garantía en caso de mora en el pago de los intereses o de la amortización.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 327, 328, 332, 333, 369 inc. e); ley 19.551: arts. 110, 113.LSC Uruguay: arts. 461, 462.

§ 1. Derechos y obligaciones del fiduciario

La intervención de los fiduciarios es forzosa y obligatoria[1308]. Los debenturistas carecen individualmente de legitimación para iniciar la ejecución tendiente a obtener el reembolso del capital y pago de los intereses adeudados[1309]. Tiene pues el fiduciario como representante legal de estos, todas las facultades y deberes de los mandatarios generales y de los especiales del art. 1324 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La ley 19.550 no limita el número de fiduciarios, como sucede en otros países[1310], aceptando que puedan ser más de uno (arts. 354 y 355).

Sus atribuciones son de gran trascendencia, no solo durante el período de suscripción, sino también durante toda la vigencia del empréstito, velando por la inmediata satisfacción de los derechos de sus representados.

La ley solo consagra una excepción a la actuación necesaria del fiduciario: la acción de nulidad de la emisión de nuevas series de títulos, cuando las anteriores no estén totalmente suscriptas, acción que pone en manos de cualquier debenturista (art. 337, último párrafo). Fuera de ello, el fiduciario deberá convocar a asamblea de debenturistas cuantas veces lo estime conveniente a sus intereses, ejecutando sus decisiones y asistiendo incluso a las reuniones de directorio y asambleas de la sociedad deudora, con voz pero sin voto (art. 345, inc. 2º), dejando constancia de su protesta en acta, cuando las decisiones de aquellos órganos pudieran afectar los derechos de los debenturistas.

Las facultades del fiduciario en caso de mora en el pago de los intereses o reembolsos son mucho más amplias tratándose de debentures con garantía flotante o común, pues en caso de emisión con garantía especial debe limitarse solo a ejecutar el bien afectado a hipoteca sobre el cual la sociedad ha perdido su libertad de disposición.

ART. 346.—

Suspensión del directorio. En los casos del inc. 3º del artículo anterior, el juez, a pedido del fiduciario y sin más trámite, dispondrá la suspensión del directorio y nombrará en su reemplazo al o a los fiduciarios, quienes recibirán la administración y los bienes sociales bajo inventario.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 345, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 461, 462.

ART. 347.—

Administración o liquidación de la sociedad deudora por el fiduciario. El fiduciario puede continuar el giro de los negocios de la sociedad deudora sin intervención judicial y con las más amplias facultades de administración, incluso la de enajenar bienes muebles o inmuebles o realizar la liquidación de la sociedad, de acuerdo con lo que resuelva la asamblea de debenturistas que se convocará al efecto.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 346, 350, 354, 355, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 461, 462.

ART. 348.—

Con garantía flotante: facultades del fiduciario en caso de liquidación. Si los debentures se emitieron con garantía flotante, resuelta la liquidación, el fiduciario procederá a realizar los bienes que constituyen la garantía y a repartir su producido entre los debenturistas, luego de pagados los créditos con mejor privilegio.

Satisfecha la deuda por capital e intereses, el remanente de los bienes deberá entregarse a la sociedad deudora, y a falta de quien tenga personería para recibirlos, el juez designará a petición del fiduciario la persona que los recibirá.

Facultades en caso de asumir la administración. Si se resolviera la continuación de los negocios, los fondos disponibles se destinarán al pago de los créditos pendientes y de los intereses y amortizaciones de los debentures. Regularizados los servicios de los debentures, la administración se restituirá a quienes corresponda.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 327, 347, 369 inc. e).

ART. 349.—

Con garantía común: facultades del fiduciario en caso de liquidación. Si los debentures se emitieron con garantía común y existieren otros acreedores, resuelta la liquidación, el fiduciario procederá a realizarla judicialmente en la forma de concurso, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Quiebras.

Será el síndico y el liquidador necesario y podrá actuar por medio de apoderado.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 332, 369 inc. e).

ART. 350.—

Acción de nulidad. El directorio suspendido puede promover juicio en el término de 10 días de notificado, para probar la inexactitud de los fundamentos alegados por el fiduciario.

Promovida la acción, no podrá resolverse la liquidación hasta que no exista sentencia firme; entretanto el fiduciario debe limitarse a los actos de conservación y administración ordinaria de los bienes de la sociedad deudora.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 346, 347.

§ 1. Facultades del fiduciario en caso de mora del ente emisor

La ley faculta al fiduciario, en representación de los debenturistas, a solicitar judicialmente la suspensión del directorio u órgano de administración, en los siguientes supuestos:

a) Cuando no hayan sido pagados los intereses o amortización del préstamo después de los 30 días de vencidos los plazos convenidos. La mora en este caso se produce de pleno derecho (art. 509, párrafo 1º), no solo por cuanto el plazo de cumplimiento se encuentra previsto legalmente, sino porque tanto en los títulos de debentures como en el control de fideicomiso debía expresarse la fecha y el lugar de pago de los títulos (arts. 336 y 339, ley 19.550).

b) Cuando la sociedad deudora haya perdido la cuarta parte de su activo al día del contrato de emisión.

c) Cuando se produzca la disolución forzosa o la quiebra de la sociedad.

La suspensión del directorio la ordena el juez, sin correr traslado a la sociedad, con los elementos de juicio acompañados por el o los fiduciarios (art. 346). Deberá nombrar, en reemplazo de los administradores, al o a los fiduciarios, quienes recibirán la administración, inventariarán los bienes sociales y convocarán a asamblea de debenturistas para decidir los caminos a seguir: la continuación de los negocios, o la disolución de la sociedad deudora.

Obsérvese que la ley no impone al fiduciario la obligación de pedir judicialmente la suspensión del directorio, sino que simplemente lo faculta a hacerlo, lo que se justifica por cuanto el fiduciario, por su acceso a los libros de la sociedad y su asistencia a las reuniones del directorio, está en condiciones de juzgar personalmente si el retardo en el pago de los intereses o amortización se deben a circunstancias transitorias, que no justifican la adopción de una medida tan extrema(1311).

El fiduciario puede incluso iniciar ejecución sobre los bienes del deudor, prescindiendo de la suspensión del directorio, y eventual disolución de la sociedad. Ello se encuentra autorizado especialmente para los debenturistas con garantía flotante, quienes tienen, conforme a la ley, los mismos derechos que los acreedores prendarios o hipotecarios, según el bien que se pretenda ejecutar (art. 327).

Solicitada la suspensión del órgano de administración, los directores quedan suspendidos en sus cargos, conservando solo legitimación para promover acción de nulidad, en el término de 10 días de notificados de la medida interpuesta por el fiduciario, demanda que tramitará por el procedimiento previsto por el art. 15, LSC, y en la cual los administradores intentarán probar la inexactitud de los fundamentos alegados por el fiduciario (art. 350). Promovida la acción, no podrá resolverse la liquidación hasta que no exista sentencia firme, y entre tanto, el fiduciario debe limitarse a los actos de conservación y administración ordinaria de los bienes de la sociedad emisora, de conformidad a las facultades conferidas a los administradores por la ley y el estatuto, y conforme a las pautas señaladas por los arts. 59 y 271 a 274 de la ley en análisis.

El fiduciario designado judicialmente en reemplazo de los administradores puede optar, de conformidad a lo resuelto por la asamblea de debenturistas convocada al efecto, entre continuar el giro de los negocios sociales de la sociedad deudora, con las más amplias facultades de administración, incluso la de enajenar bienes muebles o inmuebles, sin necesidad de autorización judicial en cada caso, o realizar la liquidación de la sociedad, en cuyo caso deben distinguirse dos supuestos:

a) Si las obligaciones fueron emitidas con garantía flotante, el fiduciario debe proceder a realizar los bienes que constituyen la garantía y a repartir su producido entre los debenturistas, luego de pagados los créditos de mejor privilegio. Satisfecha la deuda por capital e intereses, el remanente deberá entregarse a la sociedad deudora, y a falta de quien tenga personería para recibirlos, el juez designará a petición del fiduciario, la persona que los recibirá (art. 348, párrafo 1º).

b) Por el contrario, si los debentures se emitieron con garantía común, y existieran otros acreedores, el fiduciario procederá a realizarlos judicialmente, en la forma dispuesta por la ley 24.522, actuando como síndico y liquidador necesario, aun por intermedio de apoderado (art. 349).

Si la asamblea de debenturistas resolvió la continuación de los negocios de la sociedad deudora, el fiduciario deberá destinar los fondos disponibles al pago de los créditos pendientes y de los intereses y amortizaciones de los debentures. Regularizados los servicios de estos títulos, la administración se restituirá a quien corresponda (art. 348, inc. 1º).

ART. 351.—

Quiebra de la sociedad. Si la sociedad que hubiere emitido debentures con garantía flotante o común fuere declarada en quiebra, el fiduciario será liquidador coadyuvante necesario de la misma. [Texto según ley 19.666.]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 325, 332, 369 inc. e).

§ 1. Quiebra de la sociedad deudora. Distintos supuestos

El art. 351 debe correlacionarse con diversas disposiciones de la ley 24.522, en especial con el art. 152 de la misma, que específicamente prevé la situación de los acreedores debenturistas en caso de falencia de la sociedad deudora.

Deben distinguirse dos supuestos:

a) Si las obligaciones fueron emitidas con garantía especial, los acreedores debenturistas deben verificar obligatoriamente sus créditos (art. 126, ley 24.522), y solicitar la formación de un concurso especial, tramitando la ejecución de los bienes afectados a la garantía, por expediente separado. A diferencia de lo que ocurre con los debentures con garantía común o flotante, la ley no contiene prescripción alguna sobre la designación del síndico, pero debe entenderse —siguiendo a Roitman— que es innecesaria la garantía que representa el fiduciario como funcionario del concurso, pues por las vías reservadas por la ley 19.551 a los acreedores hipotecarios, se asegura el cobro integral de sus acreencias, hasta la concurrencia de sus privilegios[1312].

b) Si los debentures han sido emitidos con garantía flotante o sin garantía, el art. 152, inc. 2º de la ley 24.522, en correlación con el art. 351, LSC, prescribe que el fiduciario será liquidador coadyuvante necesario de la misma, es decir, que asistirá y cooperará con el síndico designado por el juez de la quiebra, disposición que se explica fácilmente en resguardo de los debenturistas, pues debe ser su representante legal quien participe del proceso de liquidación, haciendo valer sus privilegios, en defensa de sus derechos.

ART. 352.—

Caducidad de plazo por disolución de la deudora. En todos los casos en que ocurra la disolución de la sociedad deudora, antes de vencidos los plazos convenidos para el pago de los debentures, estos serán exigibles desde el día que se hubiere resuelto la disolución y tendrán derecho a su reembolso inmediato y al pago de los intereses vencidos.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 336 inc. 7º, 369 inc. e). LSC Uruguay: art. 444.

§ 1. Disolución de la sociedad deudora

El art. 352, a diferencia de lo dispuesto por el art. 351, que contemplaba el supuesto de disolución de la sociedad emisora por quiebra, se refiere al acaecimiento de causal disolutoria, pendiente la amortización de los debentures emitidos, estableciéndose para esos casos que las obligaciones serán exigibles desde el día en que se hubiera resuelto la disolución, y los debenturistas gozarán del derecho a su reembolso inmediato y al pago de los intereses vencidos.

La ley ha consagrado, de esta manera, una importante excepción al principio según el cual la disolución de la sociedad no produce la resolución de los contratos celebrados, y ello no podría ser de otra manera, pues aun cuando se ignoren las normas de los arts. 328 y 345, inc. 3º, aplicables a la emisión de debentures con garantía flotante o común, que llevaría a soluciones similares, no podría concebirse que los acreedores debenturistas permanezcan indiferentes a la liquidación de los bienes que componen el activo de la sociedad, a la espera del vencimiento de las obligaciones, en tanto ello perjudicaría y desvirtuaría el proceso liquidatorio, teniendo en consideración que la emisión de debentures con garantía especial puede prolongarse por el término de 40 años (art. 333).

ART. 353.—

Remoción del fiduciario. El fiduciario puede ser removido sin causa por resolución de la asamblea de debenturistas. También puede serlo judicialmente, por justa causa, a pedido de un debenturista.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 341, 354, 355, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 463, 464.

§ 1. Régimen de remoción y responsabilidad de los fiduciarios

Los fiduciarios pueden ser removidos ad nutum por la asamblea de debenturistas, por decisión que requiere el quórum y las mayorías previstas por el art. 243 de la ley societaria. Si existiera justa causa para ello, y los debenturistas no adoptaran decisiones al respecto, cualquiera de ellos puede solicitarla judicialmente, sin perjuicio de la aplicación de la Sección XIV del Capítulo I de la ley, cuando existieran motivos graves que justificaran su separación inmediata del cargo que el fiduciario desempeña. A tales fines, deberá convocarse previamente y en forma judicial a asamblea de debenturistas (art. 354), salvo que la cantidad de obligaciones que posea el solicitante no alcance el cinco por ciento de los títulos adeudados, mínimo indispensable requerido por la ley para que resulte viable su solicitud.

El fiduciario no contrae responsabilidad personal en el desempeño de sus funciones, salvo dolo o culpa grave, responsabilidad que deberá ser decidida por la asamblea de debenturistas, por interpretación de lo dispuesto por el art. 354, párrafo 2º de la Ley de Sociedades Comerciales.

ART. 354.—

Normas para el funcionamiento y resoluciones de la asamblea. La asamblea de debenturistas es presidida por un fiduciario y se regirá en cuanto a su constitución, funcionamiento y mayorías por las normas de la asamblea ordinaria de la sociedad anónima.

Competencia. Corresponde a la asamblea remover, aceptar renuncias, designar fiduciarios y demás asuntos que le competa decidir de acuerdo con lo dispuesto en esta sección.

Convocación. Será convocada por la autoridad de control o en su defecto por el juez, a solicitud de alguno de los fiduciarios o de un número de tenedores que representen por lo menos el 5 % de los debentures adeudados.

Modificaciones de la emisión. La asamblea puede aceptar modificaciones de las condiciones del empréstito, con las mayorías exigidas para las asambleas extraordinarias en la sociedad anónima.

No se podrán alterar las condiciones fundamentales de la emisión, salvo que hubiere unanimidad.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 236, 243, 341, 347, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 465 a 468.

ART. 355.—

Obligatoriedad de las deliberaciones. Las resoluciones de la asamblea de debenturistas son obligatorias para los ausentes o disidentes.

Impugnación. Cualquier debenturista o fiduciario puede impugnar los acuerdos que no se tomen conforme a la ley o el contrato aplicándose lo dispuesto en los arts. 251 a 254.

Competencia. Conocerá en la impugnación el juez competente del domicilio de la sociedad.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 251 a 254, 369 inc. e). LSC Uruguay: arts. 467, 469, 470, 472.

§ 1. Asambleas de debenturistas

La ley 19.550 remite en lo que respecta al funcionamiento de la asamblea de debenturistas, a las normas de las asambleas ordinarias de las sociedades anónimas, con las siguientes excepciones:

a) La presidencia de las mismas está reservada al o los fiduciarios.

b) Para la aceptación de las modificaciones de las condiciones del empréstito se requieren las mayorías —no las formalidades ni el quórum— exigidas para las asambleas extraordinarias en las sociedades anónimas, y unanimidad, para alterar las condiciones fundamentales de la emisión.

c) La convocatoria a asamblea de debenturistas está a cargo del fiduciario, de la autoridad de control, o en su defecto, del juez, a solicitud de alguno de los fiduciarios, o de un número de tenedores que representen no menos de un cinco por ciento de los debentures emitidos.

Del texto legal pareciera surgir que el legislador ha excluido al fiduciario como sujeto legitimado para convocar por sí a asamblea de debenturistas, y así lo han interpretado nuestros autores[1313]para quienes el fiduciario debe concurrir a la autoridad de control o judicialmente a tales efectos. No obstante ello, la interpretación del art. 354 es, a mi juicio, diversa, pues ninguna razón justifica la intervención judicial o administrativa en cuestiones que solo a los debenturistas interesan, como sería la remoción de alguno de los fiduciarios, o la consideración de su renuncia. Obsérvese al respecto que, confirmando esta interpretación, el art. 354, párrafo 3º, LSC, en análisis, pareciera solo reservado a supuestos en que el o los fiduciarios no hayan convocado a asamblea cuando ello correspondiera, facultándose, para ese supuesto, a alguno de los fiduciarios a recurrir al juez o autoridad de control a esos fines.

Las resoluciones de la asamblea de debenturistas son obligatorias para los ausentes o disidentes. Cualquier debenturista o el fiduciario, aun cuando no revista este aquella calidad, pueden impugnar los acuerdos que no se ajustan a la ley 19.550 o al contrato, aplicándose los arts. 252 a 254. Conocerá en la impugnación el juez competente del domicilio de la sociedad (art. 355).

ART. 356.—

Reducción del capital. La sociedad que ha emitido debentures solo podrá reducir el capital social en proporción a los debentures reembolsados, salvo los casos de reducción forzosa.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 205, 206, 369 inc. e). LSC Uruguay: art. 471.

§ 1. La sociedad emisora y la reducción del capital social

El art. 356, LSC, impone una importante limitación al órgano de gobierno de la sociedad deudora, impidiéndose reducir el capital social, salvo que proporcionalmente se reembolse a los acreedores los debentures emitidos.

El legislador ha dejado a salvo el supuesto de reducción obligatoria o forzosa, que se produce en caso de que la sociedad haya sufrido pérdidas que insuman el cincuenta por ciento de su capital y las reservas (art. 207), procedimiento que deberá llevar adelante el directorio, previo acuerdo asambleario y sin reembolso proporcional de los debentures emitidos.

La reducción del capital social, no obstante lo expuesto, resulta improcedente en el supuesto de emisión de debentures convertibles en acciones, pues la ley, en este caso, prohíbe lisa y llanamente toda amortización o reducción del capital, aun forzosa (art. 334, inc. 3º).

ART. 357.—

Prohibición. La sociedad emisora no podrá recibir sus propios debentures en garantía.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 222, 369 inc. e). LSC Uruguay: art. 447.

§ 1. Remisión

La prohibición de la sociedad de recibir sus propios debentures en garantía ha sido ya estudiada en oportunidad de comentar el art. 341, a cuya lectura corresponde remitir.

ART. 358.—

Responsabilidad de los directores. Los directores de la sociedad son ilimitada y solidariamente responsables por los perjuicios que la violación de las disposiciones de esta sección produzca a los debenturistas.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 59, 274, 330, 331, 369 inc. e). LSC Uruguay: art. 453.

ART. 359.—

Responsabilidad del fiduciario. El fiduciario no contrae responsabilidad personal, salvo dolo o culpa grave en el desempeño de sus funciones.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 369 inc. e). LSC Uruguay: art. 464.

§ 1. Responsabilidad de los directores y fiduciarios

A través de las disposiciones de la Sección VIII, surge que la ley impone a los administradores de la sociedad emisora ciertas obligaciones, en defensa de los derechos de los debenturistas, responsabilizándolos, en caso de infracción a las mismas, en forma solidaria e ilimitada, por los perjuicios que pudieran ocasionar.

¿Cuáles son las obligaciones de los administradores cuyo incumplimiento puede ocasionarles responsabilidades semejantes? La ley 19.550 no formula una enumeración de aquellas, pero siguiendo a Sasot Betes y Sasot[1314]pueden mencionarse: a) no pagar los intereses o amortizaciones; b) ceder o vender la sociedad o la totalidad de su activo, como si no estuviera gravado, en el caso de debentures emitidos con garantía flotante, o parcialmente si con ello se imposibilita el giro de los negocios; c) emitir otros debentures con garantía flotante o con mejor prioridad, sin consentimiento de la asamblea de debenturistas; d) no respetar, en los casos de debentures emitidos con garantía común, que sus créditos sean pagados pari passu con los acreedores quirografarios; e) cuando los debentures sean convertibles en acciones y no se respete el derecho de suscripción preferente en favor de los accionistas; f) por emitir debentures bajo la par, si con ello se afecta la integridad del capital social, o estando pendiente la conversión, aumentar o reducir el capital social, distribuir las reservas o modificar los estatutos; g) por inexactitudes o falsas indicaciones por la sociedad en el prospecto a redactarse en los casos en que los debentures se ofrezcan en pública suscripción; h) por actuar como fiduciarios; i) por obstaculizar al fiduciario la revisión de la documentación y contabilidad de la sociedad, etcétera.

El fiduciario, por su parte, y como principio general, no contrae responsabilidad personal en el desempeño de sus funciones, salvo dolo o culpa grave, que deberán ser probados por quien imputa responsabilidad a los mismos.

ART. 360.—

Emisión en el extranjero. Las sociedades constituidas en el extranjero que emitan debentures con garantía flotante sobre bienes situados en la República, procederán a inscribir en los registros pertinentes, antes de la emisión, el contrato o acto a que obedezca la emisión de los debentures o del cual surja el monto de los debentures a emitirse, así como las garantías otorgadas. Caso contrario estas no surtirán efecto en la República.

Toda emisión de debentures con garantía, por sociedad constituida en el extranjero, que no se limite a la de bienes determinados susceptibles de hipoteca, se considera emisión con garantía flotante. Si la garantía fuera especial, se procederá también a su inscripción en el registro donde está situado el bien afectado.

Las inscripciones a las que se refiere este artículo, se harán a solicitud de la sociedad, del fiduciario o de cualquier tenedor de debentures.

Las sociedades que hayan dado cumplimiento a las disposiciones precedentes no estarán sujetas a lo establecido en el art. 7º de la ley 11.719.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 118, 327, 333, 369 inc. e); ley 24.522.

§ 1. Emisión de debentures en el extranjero

Una de las modificaciones más importantes al régimen de los debentures en relación con el régimen de la ley 8875 consiste en la autorización expresa de emitirse en moneda extranjera, como medio idóneo para posibilitar el ingreso de capitales financieros del exterior, que pueden obtener, a través de la emisión de debentures, garantía efectiva para el cobro de intereses y reembolso de capital en moneda estable.

Debe destacarse especialmente que:

a) A diferencia de lo dispuesto por el art. 325, LSC, que solo autoriza a las sociedades anónimas y sociedades en comandita por acciones a emitir debentures, el art. 360 no restringe a estas sociedades la emisión de debentures

en el extranjero con garantía flotante o especial sobre bienes situados en la República.

b) La Ley de Sociedades exige una rigurosa publicidad a las sociedades extranjeras que emitan debentures sobre bienes situados en la República, a los efectos de que las garantías afectadas surtan efectos en esta. Si la emisión fuera con garantía flotante, la sociedad, el fiduciario o incluso cualquier debenturista, deberá proceder a inscribir en los registros correspondientes (art. 339) el acto a que obedezca la emisión de debentures o del cual surja el monto de las obligaciones a emitirse, así como las garantías afectadas.

c) Toda emisión de debentures con garantía, por sociedad constituida en el extranjero, que no se limite a la de bienes terminados susceptibles de hipoteca, se considerará emisión con garantía flotante. Si la garantía fuera especial, se procederá también a su inscripción en el registro donde está situado el bien afectado.

SECCIÓN IX - DE LA SOCIEDAD ACCIDENTAL O EN PARTICIPACIÓN

§ 1. DEROGACIÓN DE LA SECCIÓN IX DEL CAPÍTULO II DE LA LEY 19.550

La Sección IX del Capítulo II de la ley 19.550 —arts. 361 a 366— ha sido derogada por el art. 3º inc. b) de la ley 26.994, con vigencia a partir del 1º de agosto de 2015.

No obstante lo cual, considero conveniente hacer los siguientes comentarios sobre la desaparición de las sociedades accidentales o en participación del régimen legal societario argentino.

§ 2. NUESTRA OPINIÓN

La naturaleza jurídica de las antes denominadas "sociedades accidentales o en participación", que se encontraban legisladas en los arts. 361 a 366 de la ley 19.550 y que fueron derogadas por la ley 26.994, era una cuestión de antigua data, pues se discutía, atento su especial naturaleza, si ellas eran realmente

sociedades —atento su carácter oculto y transitorio— o sencillamente eran negocios de participación.

La Exposición de Motivos de la ley 19.550 aclaró las razones de mantener el régimen del Código de Comercio en esta materia(1315), debiendo recordarse que la calificación como sociedad típica de las sociedades accidentales o en participación resultaba incuestionable en nuestro derecho mercantil ya con la sanción de nuestro Código de Comercio de 1859 sancionado por el Estado de Buenos Aires y adoptado por la Nación en el año 1862, cuyas normas no fueron casi tocadas por la reforma que a ese cuerpo legal fuera hecho en el año 1889. De modo tal que para los legisladores societarios de 1972, el carácter de sociedades de este tipo societario estuvo fuera de toda duda, identificando como sinónimos los conceptos de "sociedades accidentales" y "sociedades en participación", a pesar de que la legislación extranjera elaborada durante la segunda mitad del siglo XIX y del siglo XX pusieron el énfasis en distinguir entre las asociaciones accidentales o momentáneas ("...para la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias": art. 361 LS), de las asociaciones en participación, en las cuales el dueño de la empresa otorga a un tercero una participación en un determinado negocio, quien no se desprende de su administración y conducción.

En su siempre recordado trabajo sobre la materia escrito en el año 1975, esto es, a poco más de dos años de la vigencia de la ley 19.550 —y a nuestro juicio, lo mejor escrito en nuestro país en torno a las sociedades accidentales y los negocios en participación—, el profesor Adolfo Pliner se sorprendía de que, en la renovación total de nuestro régimen jurídico de las sociedades comerciales, "...lograda con grandes aciertos en el decreto-ley 19.550 del año 1972, el instituto que nos ocupa haya sido mantenido rigurosamente intacto, sin más alteraciones que algunas enmiendas de detalle...", aclarando que "...Se sigue hablando de sociedad accidental o en participación" y se las ubica al final del ordenamiento, antes de las disposiciones transitorias, visiblemente marginada de las sociedades tipificadas"(1316). Concluía el jurista y magistrado ejemplar de la Ciudad de Bahía Blanca, que su objeción a la ley 19.550 en esta materia, iba pues contra la inclusión de la palabra "participación" en el título y en el texto de la Sección IV del Capítulo II de nuestra ley de sociedades comerciales, afirmando que "Si allí no se legisla sino esa "sociedad anómala" que es la mera sociedad accidental, suprimamos el nombre de la institución ausente. Y si queremos introducirla en nuestro derecho, démosle la forma y las reglas apropiadas para que sus normas tengan una correlación con el fenómeno jurídico, con el negocio mercantil, que requiere impostergablemente un lugar en nuestro Código de Comercio, aunque no en la ley de sociedades".

Pocos años después de que fueran escritas estas líneas, en el año 1982, se sancionó la ley 22.903 de reformas al texto original de la ley 19.550, que conservó el sistema que sobre el particular preveía la ley 19.550, esto es, mantener —con ligeras modificaciones— a las sociedades accidentales o en participación como una sociedad típica en la legislación societaria argentina. Ello no dejó de sorprender, por cuanto uno de los integrantes de la Comisión Redactora de dicha ley, el Dr. Jaime Anaya, había basado su tesis doctoral en la posición totalmente contraria(1317).

La ley 26.994 vino a dar la razón a la doctrina opuesta a los legisladores de la ley 19.550 en la materia que nos ocupa, derogando, en su art. 3º, inc. b) la Sección IX del Capítulo II de dicha normativa, así como la totalidad del Capítulo III de la misma, referida a los contratos de colaboración empresaria, que, incorporados a la ley de sociedades por la ley 22.903 del año 1983, nada tenían que hacer en este cuerpo legal, porque el mismo art. 367 que encabezaba ese capítulo, se ocupaba de aclarar que dichos contratos no eran sociedades ni configuraban un sujeto de derecho independiente, de manera tal que su incorporación a la ley de sociedades comerciales carecía de toda coherencia, lo cual constituyó el mayor desacierto de la referida ley de reformas a la ley 19.550.

Coherentemente con lo expuesto por la ley 26.994, el Código Civil y Comercial de la Nación, ha incorporado, como Sección 2ª de su Capítulo 16, al "Negocio en participación", una serie de normas —arts. 1448 a 1452— que reproducen parcialmente las disposiciones de la ley 19.550 en materia de sociedades accidentales o en participación, solo que ellas, al estar incorporadas al capítulo del código unificado dedicado a los contratos asociativos, ratifican que "... A estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho" (art. 1442 del CCyCN).

La solución adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación es coherente con lo dispuesto por los arts. 141 y 143 del mismo ordenamiento legal, conforme a los cuales el primero de ellos califica a las personas jurídica a todos aquellos entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (art. 141), y el segundo, dispone que la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros (art. 143). No obstante ello, la derogación de las sociedades accidentales es susceptible de críticas, pues nuestra actual legislación civil y comercial ha dado un viraje total respecto de la posición mantenida por el Código de Comercio y la ley 19.550 en esta materia, pues prefiero la posición de Pliner, en cuanto a la necesidad de diferenciar a las sociedades accidentales y del negocio de participación, que nada tiene de societario, resultando muy difícil negar el carácter de sociedad al negocio previsto por los arts. 1448 a 1452, cuando se refiere a la existencia de "aportaciones comunes" al negocio por parte del socio o socios gestores o partícipes y al derecho del socio partícipe de exigir al primero la rendición de cuentas o la exhibición de la documentación relativa a los negocios celebrados, sin perjuicio de destacar que la asunción de responsabilidad del socio partícipe, en la hipótesis prevista por el art. 1450, aporta un dato muy trascendente que permite poner en dudas la categórica afirmación del art. 1442 del CCyCN, conforme al cual este negocio en participación no configure una sociedad ni constituya una persona jurídica.

CAPÍTULO III - DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIA

§ 1. DEROGACIÓN DEL CAPÍTULO III DE LA LEY 19.550 REFERIDO A LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIA

Los arts. 367 a 383 de la ley 19.550, integrantes del Capítulo 3º de esta normativa, que habían sido incorporados por la ley 22.903, fueron derogados por el art. 3º inc. b) de la ley 26.994, con vigencia a partir del 1º de agosto de 2015. De tal manera, los contratos de colaboración empresaria han sido regulados por el Código Civil y Comercial de la Nación en sus arts. 1442 a 1478, incluidos dentro del Capítulo 16 del Título IV de dicho ordenamiento legal, denominado "Contratos asociativos".

La derogación no podía ser más acertada, pues la inclusión por la ley 22.903 de los contratos de colaboración empresaria, en sus dos variantes: agrupaciones de colaboración y uniones transitorias de empresa, había sido un gran desacierto incurrido por los legisladores de 1982, en tanto el hoy derogado art. 367 segundo párrafo de la ley 19.550 disponía que esas agrupaciones no constituían sociedades ni sujetos de derecho —lo cual es ratificado hoy por el art. 1442 del Código Civil y Comercial de la Nación—, circunstancia que hacía inexplicable los motivos de su inclusión en una ley de sociedades.

Lo expuesto no implica, a mi entender y a diferencia de lo expuesto por la ley 19.550 en su momento y por el actual Código Civil y Comercial de la Nación, que los contratos asociativos previstos en los arts. 1442 a 1478 del ordenamiento unificado, son nítidamente personas jurídicas, y que el hecho de que la legislación no las considere tales ni sujetos de derecho, no va a cambiar su verdadera naturaleza jurídica, pues mal puede negarse personalidad jurídica independiente a contratos plurilaterales de organización, que actúan bajo un régimen de denominación social; tienen un domicilio especial para las partes y para terceros; existe un fondo común operativo, similar al capital social de las sociedades y, entre otras similitudes con las sociedades, que Vítolo se preocupa en destacar con suma claridad y detalle[1318]. Como acertadamente sostiene este autor, el motivo por el cual el legislador de 2015 ha decidido que estos contratos asociativos no sean considerados ni tampoco sujetos de derecho, obedece exclusivamente a una decisión política que resulta difícil de explicar, no bien se advierta la similitud de ambos institutos.

Podía entenderse, de alguno manera y con bastante esfuerzo, que el fundamento que se tuvo en cuenta, allá por 1982 por los redactores de la ley 22.903, fue la necesidad de sortear la valla impuesta por el art. 30 a las sociedades anónimas para participar en otras sociedades, en especial participar en licitaciones para obras públicas, de modo que, negando el carácter de personas jurídicas a las agrupaciones de colaboración, el referido problema quedaba solucionado. Pero modificada por la ley 26.994 la nueva norma del art. 30, mucho más permisiva que el texto anterior, aporta una nueva cuota de

misterio a las motivaciones del Código Civil y Comercial de la Nación, para continuar negando el carácter de sociedad, sujeto de derecho y persona jurídica a los contratos asociativos.

Llama no obstante la atención que el texto actual —ley 26.994 mediante— del art. 30 de la ley 19.550 dispone que las sociedades anónimas y en comandita por acciones pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, aclarando que "Podrán ser parte de cualquier contrato asociativo", lo cual parece afirmación desubicada en el texto de la ley 19.550, en tanto, como tanto se ha destacado en el Código Civil y Comercial de la Nación, ellos no son sociedades ni sujetos de derecho (art. 1442 segundo párrafo). La pregunta que debe formularse es la siguiente ¿Que hacen otra vez los contratos asociativos en el texto de la ley general de sociedades?

CAPÍTULO IV - DE LAS DISPOSICIONES DE APLICACIÓN Y TRANSITORIAS

ART. 384.—

Incorporación al Código de Comercio. Las disposiciones de esta ley integran el Código de Comercio. [Artículo renumerado por leyes 22.903 y 22.985]

§ 1. Incorporación de la ley 19.550 al Código de Comercio

Esta norma, de gran importancia en vigencia del Código de Comercio, pues permitía echar mano, en forma supletoria a las normas de este ordenamiento a las lagunas de la ley 19.550, ha perdido toda vigencia con la derogación, por la ley 26.994, del referido Código, de modo que la normativa que cumple esa función integrativa lo es actualmente el Código Civil y Comercial de la Nación.

ART. 385.—

Disposiciones derogadas. Quedan derogados: los arts. 41 y 282 a 449 del Código de Comercio; las leyes 3528, 4157, 5125, 6788, 8875, 11.645, art. 200 de la ley 11.719; ley 17.318, el decreto 852 del 14 de octubre de 1955; el dec. 5567/56; el dec. 3329/63; arts. 7º y 8º de la ley 19.060 y las demás disposiciones legales que se opongan a lo establecido en esta ley. [Artículo renumerado por leyes 22.903 y 22.985.]

§ 1. Disposiciones derogadas por la ley 19.550

La enumeración de los textos legales derogados que hace el art. 368, redactado en el año 1972, no debe considerarse taxativa sino enunciativa, pues como expresamente surge de la norma en consideración, quedan derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a lo establecido en esta ley. Un ejemplo de lo expuesto lo presenta la ley 8867, que exige a las sociedades extranjeras que deseaban instalar sucursal o representación en el país un certificado de reciprocidad, mediante el cual acreditaban que su país de origen admitía la instalación de sucursal de empresas argentinas, requisito que algunos autores consideraban subsistente(1319).

ART. 386.—

Vigencia. Esta ley comenzará a regir a los 180 días de su publicación; no obstante, las sociedades que se constituyan con anterioridad podrán ajustarse a sus disposiciones.

Aplicación de pleno derecho. Las normas de la presente son aplicables de pleno derecho a las sociedades regulares constituidas a la fecha de su vigencia, sin requerirse la modificación de los contratos y estatutos ni la inscripción y publicidad dispuestas por esta ley. Exceptúase de lo establecido precedentemente las normas que en forma expresa supediten su aplicación a lo dispuesto en el contrato, en cuyo caso regirán las disposiciones contractuales respectivas.

A partir del 1 de julio de 1973 los registros públicos de comercio no tomarán razón de ninguna modificación de contratos o estatutos de sociedades constituidas antes de la vigencia de la presente, si ellos contuvieran estipulaciones que contraríen las normas de esta ley.

Normas de aplicación. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos precedentes:

a) Los arts. 62 a 65 se aplicarán a los ejercicios que se inicien a partir de la vigencia de la presente;

b) Los arts. 66 a 71 y 261 se aplicarán a los ejercicios que se cierren a partir de la vigencia de esta ley;

c) Los arts. 251 a 254 se aplicarán a las asambleas que se celebren a partir de la vigencia de la presente;

d) Para las sociedades constituidas a la fecha de vigencia de esta ley, los arts. 255, 264, 284, 285 y 286 regirán el número, calidades e incompatibilidades de los directores y síndicos, a partir de la primera asamblea ordinaria que se celebre con posterioridad a dicha fecha;

e) Los arts. 325 a 360 se aplicarán a los debentures que se emitan a partir de la vigencia de la presente;

f) Las reuniones de socios y asambleas que tengan lugar a partir de la vigencia de esta ley se ajustarán a las normas de la presente;

g) Las sociedades que a la fecha de la vigencia de esta ley se encontraren en la situación prevista por el art. 369, párrafo segundo, del Código de Comercio podrán por decisión de la asamblea reducir el capital en los términos del art. 206 siempre que a esa fecha la disolución no se hubiera inscripto en el Registro Público de Comercio;

h) Las sociedades anónimas y en comandita por acciones que formen parte de sociedades que no sean por acciones, deberán enajenar sus cuotas o partes de interés en el plazo de 10 años a contar desde la vigencia de la presente; caso contrario quedarán sujetas al régimen de las sociedades no constituidas regularmente;

i) Las sociedades constituidas en el extranjero que a la fecha de vigencia de esta ley ejercieren habitualmente en el país actos comprendidos en su objeto social, deberán adecuarse a lo dispuesto en los arts. 118 a 120 dentro del plazo de 6 meses a contar de dicha fecha;

j) Los suscriptores de capital de sociedades anónimas constituidas a la fecha de vigencia de la presente, cuyo compromiso de aporte sea en dinero efectivo, deberán integrarlo hasta alcanzar el 25% de su suscripción, en el plazo de 6 meses contados a partir de dicha fecha;

k) Las sociedades por acciones constituidas a la fecha de vigencia de esta ley, cuyo capital autorizado fuere mayor que el suscripto podrán emitir la diferencia, con sujeción a las disposiciones de la presente, en el plazo de un año a contar desde dicha fecha. Vencido ese plazo, el capital quedará limitado a la suma efectivamente emitida, sobre la cual se calculará el aumento previsto en el art. 188;

l) Las acciones emitidas a la fecha de vigencia de esta ley deberán ser sobreescritas o canjeadas, con sujeción a las disposiciones del art. 211, dentro del plazo de 3 años a contar desde dicha fecha;

m) Los directores de sociedades anónimas constituidas a la fecha de vigencia de esta ley, que hubieran entregado a la sociedad acciones de la misma entidad en garantía del buen desempeño de sus funciones, deberán sustituir dicha garantía por otra equivalente al valor nominal de los títulos caucionados;

n) En las sociedades por acciones, salvo disposición en contrario del estatuto, se presume que en el supuesto previsto en el art. 216, párrafo primero, parte final, la preferencia patrimonial prevalece sobre el privilegio de voto, y que la comisión fiscalizadora de las sociedades comprendidas en el art. 299 se integra con 3 síndicos;

o) Hasta tanto se dicten las leyes previstas en el art. 388, reglamentarias de los registros mencionados en esta ley, no regirá lo dispuesto en los arts. 8º y 9º. Sin perjuicio de ello, las sociedades por acciones deberán remitir a la autoridad administrativa de control, la documentación que corresponda de acuerdo con las disposiciones que rijan el funcionamiento de dicha autoridad.

Exención impositiva. Los actos y documentos necesarios para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo quedarán exentos de toda clase de impuestos, tasas y derechos. [Artículo renumerado por leyes 22.903 y 22.985]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 8º, 9º, 30, 62 a 71, 118 a 120, 131, 139, 145, 158 a 160, 186 a 188, 211, 216, 222, 233 a 255, 261, 264, 284 inc. 2º, 285, 286, 296, 299, 321, 322, 325, 360, 371.

§ 1. El caso de infracción al art. 30 de la ley 19.550

Salvo lo dispuesto en el inc. h) del art. 386 de la ley 19.550, que todavía tiene alguna actualidad, los restantes incisos del referido artículo carecen de virtualidad, en la medida en que consagraron soluciones temporales para adecuar el funcionamiento de sociedades comerciales constituidas durante la vigencia del Código de Comercio a las normas de la ley 19.550, sancionada en el año 1972.

Han pasado ya, a la fecha en que se escriben estas líneas, casi cuarenta y cinco años de la sanción de la ley 19.550, y por ello, todos los incisos del art. 386 son parte de la historia del derecho societario argentino. Pero, como aún queda sin resolver la situación de algunas sociedades por acciones que han conservado en su patrimonio participaciones sociales de entes no accionarios, es oportuno que nos detengamos en el análisis de esta situación.

De conformidad con lo dispuesto en el inc. h) del art. 386 de la ley 19.550, las sociedades anónimas y en comandita por acciones que formen parte de sociedades que no sean por acciones deberán enajenar sus cuotas o partes de interés en el plazo de 10 años, a contar desde la vigencia de la presente; caso contrario, quedarán sujetas al régimen de las sociedades no constituidas regularmente.

No es la oportunidad de volver a comentar la razonabilidad del art. 30 de la ley 19.550 ni las modificaciones efectuadas a dicha norma por la ley 26.994, del año 2015, que permitió a las sociedades anónimas y en comandita por acciones formar parte de sociedades de responsabilidad, de modo que la referencia efectuada por el art. 386 inc. h) del texto original de la ley 19.550 a las "cuotas" carece actualmente de aplicación, pero podría presentarse el caso de una antigua sociedad anónima o en comandita por acciones que fuere titular de participaciones en sociedades colectivas o en comandita simple, siendo de toda evidencia que la sanción a dicha infracción legal no puede ser otra que la nulidad de dicha participación (art. 16 LGS), la cual carecerá de todo derecho en la sociedad participada, en tanto se trata de la violación a una incapacidad de derecho expresamente prevista en la ley 19.550.

Por el contrario, la hipótesis prevista por el art. 386, inc. h) se refiere a las sociedades anónimas y en comandita por acciones que no enajenaron las cuotas o partes de interés de que eran titulares en otras sociedades, para lo cual contaban con un plazo de diez años desde la vigencia de la ley 19.550, y la sanción fue desacertada desde todo punto de vista, pues el sometimiento de la sociedad infractora a las normas de la irregularidad societaria carecía de todo fundamento legal y era absolutamente incongruente con la naturaleza de la infracción.

En efecto, si se advierte que la enajenación de una inversión societaria constituye un acto de administración, no se justifican las razones por las cuales se sancionaba a la sociedad con la irregularidad y no a los administradores que incurrieron en esa omisión, sometiéndola a normas dedicadas a la infracción del régimen de forma y publicidad, cuando la sociedad partícipe había cumplido con esos requisitos.

Por otro lado, la sanción consagrada por el art. 386, inc. h) implicaba también sancionar a los socios de la sociedad partícipe, pues en tanto la misma era considerada irregular o de hecho, los socios no podían alegar entre ellos ni frente a la sociedad, los derechos nacidos del contrato social, amén de quedar sometidos al régimen de disolución de la sociedad, que se produce por la declaración de voluntad de cualquier socio en tal sentido (arts. 22 y 23).

La incongruencia de la norma que se analiza, y la solución que, en estricto derecho, corresponde a la infracción de lo dispuesto por el art. 30 de la ley 19.550 fue puesta de manifiesto por un reciente fallo judicial, dictado en los autos caratulados "García, Amador y otro c/ García, María y otros", de fecha 24 de junio de 1994[1320], debiendo destacarse el fallo de primera instancia del Dr. Enrique M. Butty, quien sostuvo, en concordancia con nuestra opinión, que las consecuencias de la trasgresión a lo dispuesto por el art. 30 de la ley 19.550 no pueden sino recaer sobre el vínculo entre ambas sociedades, pero nunca sobre la partícipe, por donde las consecuencias de transgredirla parece deben recaer sobre el vínculo y no sobre el sujeto vinculado. Así se deriva de la lógica, y el derecho es necesariamente lógico y fundado en el sentido común.

De todos modos, y aún para el caso de que se presente un caso de infracción a lo dispuesto por el art. 30 de la ley 19.550 y no se comparta nuestra opinión, basada en la aplicación del art. 16 de la ley 19.550, la remisión que el art. 386 inc. h) efectúa a las normas sobre la irregularidad no tienen la gravedad que implicaba la aplicación de las normas de los arts. 21 a 26 de la ley 19.550 antes de su radical modificación por la ley 26.994. La alegada irregularidad implica, hoy por hoy, el sometimiento de la sociedad infractora a las disposiciones de la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550, que, como hemos visto, ha no solo ha suprimido la responsabilidad solidaria e ilimitada de sus integrantes, reemplazándola por una responsabilidad mancomunada y por partes iguales, sino que ha permitido la invocación del contrato social entre los socios, la sociedad y frente a terceros, con lo cual la sanción impuesta en el año 1972 a las sociedades infractoras del art. 30 carece de la gravedad que en su momento suponía.

ART. 387.—

Comandita por acciones: subsanación. Las sociedades en comandita por acciones constituidas sin individualización de los socios comanditarios podrán subsanar el vicio en el término de 6 meses de la vigencia de esta ley, por escritura pública confirmatoria de su constitución que deberá ser otorgada por todos los socios actuales e inscripta en el Registro Público de Comercio. La confirmación no afectará los derechos de los terceros. [Artículo renumerado por leyes 22.903 y 22.985]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 17, 21; Código Civil: arts. 1059, 1065;

§ 1. Regularización o subsanación de las sociedades en comandita por acciones. Importancia del art. 369 de la ley 19.550

El problema más interesante que plantean las disposiciones transitorias previstas en los arts. 386 y 387 de la ley 19.550 lo constituye la situación de las sociedades en comandita por acciones que, como es de público conocimiento, se constituían durante la vigencia del Código de Comercio, omitiendo los nombres de los socios comanditarios o utilizando la figura de un gestor de negocios en representación de estos, en virtud de una amplia interpretación del art. 373 del Código de Comercio.

El art. 370 de la ley 19.550, antecesor del actual artículo en análisis, intentando solucionar el problema, pues la omisión de los socios comanditarios violaba lo dispuesto por el art. 1º de la ley citada, estableció: "Las sociedades en comandita por acciones constituidas sin individualización de los socios comanditarios podrán subsanar el vicio en el término de seis meses de la sanción de la ley, por escritura pública confirmatoria de su constitución, que deberá ser otorgada por todos los socios actuales e inscripta en el Registro Público de Comercio. La confirmación no afectará intereses de terceros".

El art. 370, en su versión original, fue reformado por la ley 19.880, que sustituyó la palabra "sanción" por "vigencia", lo cual significó extender el plazo de subsanación por seis meses más.

No obstante ello, y vencido el plazo legal de subsanación, existen hoy innumerables casos de sociedades en comandita por acciones que adolecen del vicio apuntado, lo cual lleva a cuestionar sobre su situación legal.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha resuelto en numerosas oportunidades que no habiéndose subsanado las sociedades en comandita por acciones conforme al art. 370 de la ley 19.550, las mismas deben considerarse como irregulares[1321]. En doctrina, Farina interpreta que el hecho de no haberse individualizado a los socios dentro del plazo de seis meses que fija el artículo en análisis, no conlleva como sanción la nulidad del contrato social, sino que autoriza la aplicación del art. 34, párrafo 2º de la ley 19.550, que responsabiliza al socio oculto en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales[1322]. Drucaroff, por su parte, se inclina, y a mi juicio acertadamente, por la anulabilidad del contrato social, pues la omisión de los nombres de los socios comanditarios no implica la ausencia de un requisito esencial tipificante, ni la existencia de vicios de forma, sino simplemente la omisión de un requisito no tipificante —art. 11, inc. 1º de la ley 19.550— que si bien hasta la sanción de la ley 26.994, tornaba anulable el instrumento constitutivo, el mismo puede ser subsanado hasta su impugnación judicial (art. 17)[1323].

En consecuencia, y pese a haber transcurrido con exceso el término previsto por el art. 370 de la ley 19.550, estas sociedades pueden ser actualmente confirmadas, en los términos del art. 394 del Código Civil y Comercial de la Nación, que ha reemplazado al art. 1061 del derogado Código Civil, con las mismas solemnidades que están establecidas para el acto que se confirma, es decir, con la forma sacramental exigida por la ley para la constitución —escritura

pública— y conteniendo la sustancia del acto que se quiere confirmar, el vicio que adolecía y la manifestación de la intención de repararlo.

En cuanto a los otorgantes del acto de confirmación, deben distinguirse las dos categorías de socios: por un lado los socios comanditados que otorgaron el acto constitutivo, sus sucesores a título universal o a título singular, quienes deberán acreditar su legitimación con la registración correspondiente; por otro lado deben comparecer los socios comanditarios ocultos o sus sucesores a título singular o universal, quienes acreditarán su carácter de tales mediante las acciones o certificados respectivos. No es necesaria, por el contrario, la comparecencia del gestor de negocios, por aplicación del art. 393 del Código Civil y Comercial de la Nación, que no exige el concurso en el acto de confirmación de la parte en cuyo favor se hace[1324], aun cuando en la práctica, y para evitar inconvenientes, no es desaconsejable la intervención del gestor en el acto que se analiza.

ART. 388.—

Registros: régimen. Los registros mencionados en esta ley se regirán por las normas que se fijen por vía reglamentaria. [Artículo renumerado por leyes 22.903 y 22.985.]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 8º, 9º, 369 inc. p).

§ 1. Registro Nacional de Sociedades por Acciones

Corresponde remitir al comentario efectuado al art. 8º.

ART. 389.—

Aplicación. Las disposiciones de esta ley se aplicarán a las sociedades de economía mixta en cuanto no sean contrarias a las del decreto ley 15.349/46 (ley 12.962). [Artículo renumerado por leyes 22.903 y 22.985]

CONCORDANCIAS: decreto-ley 15.349/1946 ratificado por ley 12.962.

§ 1. Sociedades de economía mixta

El art. 389 de la ley 19.550 dispone la aplicación supletoria de las normas de la ley 19.550 a las Sociedades de economía mixta, cuyo régimen legal está previsto en el decreto 15.349/1946, ratificado por la ley 12.962, en cuanto no sean incompatibles con su específica regulación.