

Jurisprudencia Argentina

BS. AS. 22 / 09 / 2004 • ISBN 987-1016-45-X / FASCÍCULO N° 12

DIRECTOR: Alejandro P. F. T

2004 - III | Número Especial

ANÁLISIS CRÍTICO DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

COORDINADORES: Francisco Junyent Bas y
Carlos A. Molina Sandoval

La imprescriptibilidad de la acción de impugnación en el anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades. Un atentado contra la seguridad jurídica

Por Alejandro López Tili

SUMARIO:

I. Comentario preliminar.- II. Análisis jurídico de la reforma proyectada: a) Los distintos tipos de normas violadas; b) Precedente "Abrecht, Pablo A. y otra v. Cacique Camping S.A. s/sumario"; c) Precedente "Bona, Gaspare v. CILSA. Compañía Industrial Lanera Safel s/sumario"; d) Resumen.- III. Opinión sobre el texto propuesto por el anteproyecto.- IV. Conclusión

I. COMENTARIO PRELIMINAR

He de comenzar estas líneas señalando que el texto del anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales (t.o. 1984, LA 1984-A-46) resulta, sin lugar a dudas, altamente elogiable y ponderable en numerosos aspectos y posee clara vocación para volver a colocar a nuestro ordenamiento societario en la vanguardia del derecho privado, junto con las más modernas legislaciones del mundo.

Ha de reconocerse como virtud sobresaliente del mismo el respeto a nuestra más auténtica tradición jurídica y el recogimiento meticuloso y cuidadoso de las prudentes soluciones que supieran ir brindando nuestras elaboradas doctrina y jurisprudencia nacionales, evitando recurrir a la importación de pomposos institutos extranjeros que, por falta de adecuación a nuestras costumbres locales, han terminado viendo frustradas sus buenas intenciones en no pocas oportunidades.

Sentado lo expuesto, sólo me resta mencionar que el comentario crítico y puntual que por el presente ensayo se efectúa no empuja en nada a la elevada categoría del proyecto, cuya pronta sanción anhelo. De modo tal que la observación crítica que aquí se postula no debe ser vista como una oposición al progreso de la proyectada reforma, la cual podrá encontrar su debido encauzamiento en el tratamiento que sepa ir brindándole la calificada jurisprudencia de nuestro fuero comercial.

II. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA REFORMA PROYECTADA

Con el fin de encontrar una solución a los numerosos abusos que se han presentado en materia societaria al amparo del exiguo plazo de tres meses previsto por el

art. 251 LSC. para interponer la acción de impugnación de asambleas, el anteproyecto de reforma incorporó de manera expresa la imprescriptibilidad de la acción en el caso de impugnaciones fundadas en resoluciones que contravengan normas que la propia Ley de Sociedades sanciona con nulidad absoluta y/o que tengan objeto ilícito y/o que violen normas de orden público.

Con ello se receptó la práctica ya unánime de nuestros tribunales en el sentido de prescindir del plazo de tres meses cuando la resolución asamblearia impugnada fuera contraria al orden público.

Podrá eventualmente criticarse –fundado más en un ánimo perfeccionista de exquisita pureza técnica que en una preocupación sustancial de naturaleza jurídica– la mención efectuada a normas cuya violación sea sancionada con nulidad absoluta, por resultar tal mención redundante con la referencia ya efectuada al orden público (1).

Sin embargo, no es ésta la crítica principal al texto proyectado. Lo que realmente resulta de preocupación es la aplicación del régimen de imprescriptibilidad a supuesto de resoluciones sociales que persigan un objeto ilícito, en tanto no se efectúa distinción alguna según el interés afectado sea un interés general de la comunidad o un interés individual del particular eventualmente damnificado. Y es que mientras el fin ilícito perseguido no afecte al interés público sino sólo al accionista perjudicado, el régimen de imprescriptibilidad estará creando una situación de enorme falta de certeza en las relaciones jurídicas propias del tráfico comercial.

A fin de clarificar un poco el marco conceptual sobre el que debe proyectarse el análisis de este aspecto de la

(1) Pues la naturaleza relativa o absoluta de la nulidad decretada radica justamente en el interés tutelado. Cuando la norma violada protege un interés público, la nulidad decretada será siempre de carácter absoluto.

reforma proyectada, resulta conveniente introducimos brevemente en el estudio de los distintos tipos de normas violadas, pues, a la luz de la legislación vigente, tanto la doctrina como la jurisprudencia ya tienen decidido que el exiguo plazo trimestral establecido para la promoción de la acción no resulta aplicable a todos los supuestos de invalidez de decisiones asamblearias. Desarrollaremos a continuación las distintas hipótesis.

a) Los distintos tipos de normas violadas

1) *Nulidades absolutas y relativas*: debemos distinguir pues, en primer término, los casos de nulidades absolutas de los de nulidades relativas.

En cuanto a las primeras, por encontrarse comprometido el orden público, podría decirse que casi en forma unánime (2) los autores consideran que las mismas escapan al plazo previsto en la norma.

En este sentido, consideran que las nulidades societarias absolutas son inconfirmables e imprescriptibles, por cuanto la disposición del art. 251 Ley de Sociedades no puede derogar la norma del art. 1047 (3) CCiv. y por tanto, pueden invocarse en cualquier tiempo que

(2) Hubo alguna opinión en contrario sostenida por Matta y Trejo en un trabajo publicado en la revista "La Información" n. 624, de diciembre de 1981, bajo el título de "Imposibilidad de impugnar de nulidad decisiones asamblearias de sociedades anónimas una vez vencido el plazo establecido por el art. 251 Ley de Sociedades Comerciales". En dicho artículo textualmente se expresaba: "...el tema central, consiste en que, a nuestro juicio, la acción de impugnación de nulidad, reglamentada por el art. 251 ley 19550, comprende tanto a las decisiones asamblearias viciadas de nulidad relativa como a las viciadas de nulidad absoluta". Fundamentaba su posición en que con anterioridad a la reforma de la ley 22903 (LA 1983-B-1605) el texto de la norma decía que "...también podrán impugnarla quienes votaron favorablemente si su voto es anulable por vicios de la voluntad o la norma violada es de orden público". Con lo expuesto, entendía que el legislador no había ignorado la posibilidad de que se violasen normas de orden público, sino que, por el contrario, ello había sido expresamente previsto y que en mérito a ello determinó una excepción ampliando los requisitos para ser titular de la acción. Cabe, sin embargo, destacar que con posterioridad a la reforma de la Ley de Sociedades el autor cambió su criterio mediante una ponencia titulada "Normatividad societaria, orden público e impugnación de decisiones asamblearias", presentada en el V Congreso de Derecho Societario. Allí, reviendo su posición ante el nuevo texto legal introducido por la reforma, dijo: "Las decisiones asamblearias que afectan el orden público, la moral y las buenas costumbres están excluidas del art. 251 y las acciones tendientes a su nulidad son imprescriptibles".

(3) Art. 1047 CCiv.: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el Ministerio Público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación".

(4) Halperin, Isaac, "Sociedades anónimas", 1975, Ed. Depalma, p. 642; Otaegui, Julio, "Invalidez de actos societarios", 1978, Ed. Ábaco, p. 395; Zaldívar, Enrique y otros, "Cuadernos de Derecho Societario", t. III, 1978, Ed. Abeledo-Perrot, p. 393; Bendersky, Mario, "Impugnación judicial de asambleas de sociedades anónimas", en RDCCO, 1977, Ed. Depalma, p. 15; Nissen, Ricardo A., "Ley de Sociedades Comerciales, anotada, comentada y concordada", t. II, 1983, Ed. Ábaco, p. 612 y t. II, p. 305.

(5) Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general", t. I, ps. 150 y 155.

(6) Fargosi, Horacio P., "Temas de Derecho Societario", mesa redonda sobre "Concepto de sociedad comercial en el Derecho moderno", edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1990, p. 18; citado por Matta y Trejo, Guillermo, en "Normatividad societaria, orden público e impugnación de decisiones asamblearias", ponencia al Quinto Congreso de Derecho Societario. El autor puntualmente señala: "Otra cuestión que suele complicar el análisis de las soluciones dadas por la ley es esa equivocada afirmación de que la sociedad está sujeta a normas de orden público. La ley, para mí no tiene absolutamente ninguna norma de orden público, es una ley que regula relaciones de contenidos patrimoniales y no otra cosa que relaciones de contenido patrimonial. De este modo lo que podrá haber son normas imperativas o indisponibles pero eso es una materia distinta del orden público. Será indisponible que la sociedad anónima no pueda funcionar sin directorio o sin asamblea, pero no creo que sea tan indisponible que no pueda funcionar con unos accionistas que respondan o que garanticen todo el pasivo de la sociedad".

sea, aun pasados los tres meses de la fecha de celebración de la asamblea (4).

2) *Orden público*: debemos entender por orden público el conjunto de normas que inspiran el mantenimiento de la organización social, la moral, las buenas costumbres y las instituciones fundamentales del derecho privado (5).

Sin embargo, habida cuenta de que la Ley de Sociedades regula un contrato entre particulares, aunque establezca normas de carácter inderogables, deberá ponderarse que las mismas podrán ser imperativas pero no necesariamente de orden público (6). Por tal motivo, como se verá en el punto que sigue, resultará indispensable efectuar una necesaria distinción entre unas y otras.

Por el contrario, aquellas violaciones de la ley que no afecten el orden público sino sólo los intereses de los particulares involucrados tan sólo darán lugar a nulidades de tipo relativo, las cuales –por contraposición– serán prescriptibles y confirmables y, por consiguiente, se encontrarán plenamente alcanzadas por el plazo del art. 251.

Dicho tipo de nulidades son las que afectan –entre otras– a las normas meramente dispositivas, es decir, aquellas que pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes.

3) *Normas imperativas*: tal como lo anticipáramos, cabe preguntarse qué sucederá entonces con las llamadas normas imperativas.

Las normas imperativas son aquellas que si bien establecen preceptos inderogables por voluntad de las partes, su violación no compromete al orden público, porque no afectarían a los principios fundamentales que inspiran el mantenimiento de la organización social, la moral y las buenas costumbres. Sólo afectan a los particulares involucrados.

En este sentido, es de destacar la crítica efectuada por Llambías a la equiparación hecha por Borda de los conceptos de orden público y de ley imperativa.

"Toda ley imperativa es de orden público", dice Borda, y "leyes imperativas y leyes de orden público son sinónimos".

Llambías, por su parte, aclara que ley imperativa y ley de orden público responden a una formalidad lógica diferenciada. "La imperatividad sólo se predica de las leyes cuya observancia no pueden dejar de lado las convenciones de los particulares, en tanto que el carácter de orden público alude a los motivos o fundamentos por los cuales se comunica esa imperatividad a la ley" (7).

Dicho en otros términos, podría afirmarse que la imperatividad no es otra cosa que una consecuencia del orden público, pero no toda norma imperativa debe necesariamente ser de orden público. Ello dependerá del interés resguardado por el legislador al establecer la inderogabilidad.

Si el interés resguardado es un interés particular, la norma será meramente imperativa. Si, por el contrario, lo que se resguarda es un interés general, la norma será de orden público.

En cuanto al tratamiento que corresponde dispensarle a este tipo de normas se ha dicho (8) que mientras se trate de una situación tuitiva dirigida a sujetos indeterminados, la norma es imperativa y no puede ser derogada. Pero en el momento en que la asamblea adopta una resolución que la viole, esas normas imperativas o

inderogables se convierten en el modo de protección del derecho individual concreto del o de los accionistas que pueden verse afectados. Y ese derecho concreto puede ser libremente dispuesto por cada uno. El individuo puede ejercerlo, pero no está obligado a hacerlo. Nada ni nadie lo constriñe a una impugnación por su eventual violación, ni le impide transar sobre la misma.

De tal forma, las sanciones que consagren las violaciones de las normas imperativas serán de nulidad, porque tales normas son inderogables en abstracto, pero dicha nulidad será de tipo relativo, porque su violación en concreto será transable por los particulares, por no afectar al orden público.

Pongamos por caso el supuesto de una decisión asamblearia que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio.

El art. 245 párr. final expresamente consagra la nulidad de tal resolución. Sin embargo, aun en el supuesto de que dicha asamblea quedara firme por no haber sido impugnada dentro del plazo de tres meses, cuando se dictase en el futuro una resolución que diese lugar al ejercicio del derecho de receso el socio afectado no podrá ser impedido del mismo so pretexto de no haber impugnado la asamblea anterior.

Por el contrario, se encontrará plenamente habilitado para su ejercicio, tanto como para su renuncia o negociación.

Huelga decir que la asamblea que afecta al derecho de receso de uno de los accionistas en nada perjudica al orden público y que, por tanto, su nulidad no podrá ser decretada de oficio por el juez, ni solicitada por la autoridad pública.

A modo de resumen de lo expresado hasta el momento podríamos decir que hasta aquí existen tres tipos de violaciones posibles a la normativa societaria: a) las de normas dispositivas, que dan lugar a nulidades relativas; b) las de normas imperativas, que dan lugar al mismo tipo de sanción aunque con las salvedades explicadas en los párrafos que anteceden; y c) las de normas de orden público, que dan lugar a nulidades absolutas.

Esto ha sido así, y prácticamente no ha merecido discusión alguna en la jurisprudencia, hasta que llegó el dictado del precedente "Abrecht, Pablo A. y otra v. Ca. cique Camping S.A. s/sumario" (9), que dio lugar a una

(7) Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil" cit., ps. 155/6.

(8) Manóvil, Rafael M., "Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: una imprescindible distinción", ponencia presentada en el Quinto Congreso de Derecho Societario.

(9) C. Nac. Com., sala D, 1/3/1997, ED 168-547.

cuarta categoría de sanción que excedió el marco de lo meramente societario.

Por su relevancia en la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina resulta conveniente detenernos brevemente en el análisis del caso.

b) Precedente "Abrecht, Pablo A. y otra v. Cacique Camping S.A. s/sumario"

El aporte fundamental de este fallo ha sido el justo encausamiento o delimitación del ámbito de aplicación de la normativa societaria.

En efecto, la doctrina que emana del fallo establece que en tanto la Ley de Sociedades fue establecida para regular las relaciones que surgen entre los socios como consecuencia del contrato plurilateral de asociación, sus normas sólo deben aplicarse cuando nos encontremos ante conductas que se encuadren dentro del contexto de dicho contrato.

Así, entonces, cuando la conducta a juzgar sobreponga los límites de esa relación, la cuestión escapará a los términos de la Ley de Sociedades, debiendo ser juzgada bajo los términos del derecho común.

Siendo así, desde luego, aun cuando la nulidad comprendida sea de tipo relativo, no se verá alcanzada por el brevísimo plazo de caducidad del art. 251 LSC., sino que le será aplicable la prescripción bianual del Código Civil.

1) *Antecedentes del caso:* la sociedad demandada pertenecía a dos ramas de una misma familia. A la muerte de uno de los socios fundadores se produjeron conflictos familiares diversos que generaron enemistades recíprocas entre los distintos integrantes de la rama familiar del socio muerto.

Así, se formaron dos subgrupos bien diferenciados. Los dos hijos del primer matrimonio del socio fallecido, por un lado, y los dos hijos del segundo matrimonio del mismo socio, por el otro.

Uno de los actores (hijo varón de la segunda unión) había sido director de la sociedad, pero al producirse el conflicto familiar abandonó sus funciones y tareas y viajó al exterior por razones vinculadas a su vocación religiosa. La otra actora (hija mujer de la segunda unión) sufría de trastornos psíquicos que, durante el transcurso del juicio, terminaron en la declaración de su incapacidad.

En ese marco se celebró una asamblea, a la que no concurrieron los actores por no haberse enterado de

su celebración, que decidió un aumento de capital de \$ 100.000.

Publicados los avisos de ley todos los accionistas –con excepción de los dos actores– ejercieron el derecho de preferencia, pero sólo los medio hermanos de los accionantes ejercieron el derecho de acrecer sobre las proporciones que no habían sido suscriptas por quienes iniciaron el reclamo judicial.

Es decir que para no alterar la participación por mitades de las dos ramas de la familia la no afectada por el conflicto se abstuvo de acrecer y aumentar así su participación.

Como consecuencia del aumento, los dos actores vieron reducida su participación del 12,5% al 2,5%, respectivamente, en tanto que sus medio hermanos la incrementaron del 12,5% al 22,25% cada uno.

Lo increíble del caso es que al día siguiente de efectuado el aumento y ejercido el derecho de acrecer, el directorio dispuso convocar a asamblea ordinaria para tratar las cuentas del ejercicio y proponer una distribución de dividendos en efectivo por la suma de \$ 100.000; es decir, exactamente la misma cifra de que fue objeto el aumento de capital.

De conformidad con lo expuesto por el perito interviniente en la causa, desde el punto de vista financiero no era necesario el aporte de capital. Es más, el aporte en sí fue menor que el monto de las ventas mensuales correspondientes al mes más bajo, y menos de la mitad del promedio de ventas mensuales a la época en que se decidió e integró el aumento.

Bajo este sorprendente marco fáctico, la sentencia de primera instancia –siguiendo la doctrina clásica hasta ese momento de que sólo se podía escapar al plazo de caducidad del art. 251 en el supuesto de que el vicio involucrado afectase al orden público– rechazó la demanda porque la acción se interpuso luego de fenecido el plazo de los tres meses y el fundamento de la impugnación no aludía a un supuesto de nulidad absoluta, ya que ésta no estaba dirigida a la protección del interés social ni del orden público, sino solamente a preservar la entidad relativa de la participación de los actores en la sociedad demandada.

La sentencia de la sala D revocó el pronunciamiento de grado e hizo lugar a la demanda, sobre la base de considerar que resultaba inaplicable el plazo del art. 251 por tratarse de un acto sólo extrínsecamente societario, realizado con dolo y falsa causa, y, por tanto, de objeto ilícito en los términos del art. 953 CCiv. En virtud de ello, siendo un acto ilícito, correspondía que

estuviese sometido a la prescripción bianual del art. 4030 CCiv.

2) *La doctrina del fallo:* el art. 251, al seguir esencialmente el sistema italiano, dispuso un régimen de impugnación específico para las resoluciones asamblearias, teniendo en mira su carácter interno, intrasocietario y el modo colegial y orgánico de formar la voluntad social; se apartó de las normas de derecho común y estableció un mecanismo que quiso idóneo para la protección de los interesados internos de la sociedad, pero teniendo en cuenta, también, el interés de la sociedad en la estabilidad de sus actos internos y el interés general en preservar el valor seguridad jurídica. Por ello se justifica el exiguo plazo de caducidad para ejercer la acción de impugnación (10).

En igual sentido, sostiene Halperín que el régimen especial en materia de nulidad de deliberaciones contenido en la ley obedece a la necesidad de apartarse del Código Civil porque en éste se prevé la nulidad de los actos jurídicos en general, pero no la del acto colegial (11).

El acierto del fallo radica en que enumera como supuesto de excepción al régimen del art. 251 LSC. a aquella resolución que "habría incurrido en extralimitación del gobierno de lo societario para ingresar en otra área".

Es que el estricto régimen de impugnación establecido por la Ley de Sociedades lo ha sido teniendo en miras –como ya se ha dicho más arriba– la particularidad del régimen de lo societario. Esto es, el juego entre el resguardo de los intereses internos comprendidos dentro del ámbito de la sociedad y los intereses externos a ésta, que afectan a la seguridad jurídica del tráfico comercial.

En ese delicado equilibrio sólo deben ceder los intereses internos (es decir, los de los accionistas perjudicados) ante los externos (es decir, los de los terceros), cuando la actividad impugnada haya tenido una finalidad que podríamos calificar de "societaria".

En el caso bajo análisis, como señala el juez Alberti, "el conflicto no residió en un disenso sobre la actividad de la sociedad, sino en el desapropio de la participación en la sociedad, cometido por unos accionistas contra otros".

(10) Manóvil, Rafael M., "El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251 LSC. en un fallo que marca un hito", ED 168-555.

(11) Halperín, Isaac, "Sociedades anónimas" cit., p. 639.

(12) Manóvil, Rafael M., "El uso desviado de los mecanismos societarios..." cit., p. 564.

(13) Halperín, Isaac, "Sociedades anónimas" cit., ps. 638/9.

Bajo esa premisa, se concluye que la elaboración de un acto sólo extrínsecamente societario que es adoptado como mero instrumento formal para la consecución dolosa o fraudulenta de finalidades extrasocietarias y no para regir asuntos propios de la sociedad se encuentra excluido del régimen del art. 251 LSC., por ser un acto de objeto ilícito en los términos del art. 953 CCiv., y debe ser sometido, por tanto, a la prescripción bianual del art. 4030 CCiv.

La solución resulta de toda lógica, porque si se admite la desestimación de la personalidad jurídica en supuestos en que la misma es usada como un mero recurso para conseguir fines extrasocietarios, violar la ley, la buena fe o para frustrar derechos de terceros (art. 54 LSC.), sobre la base de considerar que tales finalidades son contrarias a derecho, tanto más contrario a derecho resulta utilizar los mecanismos formales intrasocietarios para lograr esos mismos fines extrasocietarios (12).

De tal forma, la actividad desarrollada en ese sentido debe ser sancionada con la nulidad. Sin embargo, siempre que el interés perjudicado –como en el precedente bajo estudio– haya sido exclusivamente el del accionista reclamante (y no el interés de la comunidad), la nulidad debe ser relativa, susceptible de confirmación.

Si bien el fallo de la primera instancia advirtió esta circunstancia, puntualizando que al no haberse violado el orden público no correspondía hacer lugar a la nulidad porque siendo ésta de tipo relativo se encontraba alcanzada por el plazo del art. 251 LSC., el error del mismo radica en que se trataba de una nulidad relativa regida por los términos del derecho común y no del derecho societario, motivo por el cual se aplicaba, en consecuencia, el plazo bianual establecido por el art. 4030 CCiv.

3) *La solución en la legislación italiana:* nuestro art. 251 LSC. encuentra su fuente principal en el Código Civil italiano de 1942, en sus arts. 2377 a 2379 (13).

Por tal motivo resulta conveniente efectuar una breve referencia a dicho ordenamiento y a la doctrina de tal país, para comprender mejor la justicia del caso.

El párr. 2º del art. 2377 establece que "...las deliberaciones que no son adoptadas de conformidad a la ley o al acto constitutivo, pueden ser impugnadas por los

administradores, los síndicos y los socios ausentes o disidentes, y las de la asamblea ordinaria también por los socios con derecho de voto limitado, dentro de los tres meses de la fecha de la deliberación; empero, si ésta está sujeta a inscripción en el registro de las empresas, dentro de los tres meses de la inscripción”.

Por su parte, el art. 2379 establece que “...a las deliberaciones nulas por imposibilidad o ilicitud del objeto, se le aplican las disposiciones de los arts. 1421, 1422 y 1423”.

De lo expuesto se desprende que Italia ha receptado normativamente la coexistencia de los dos regímenes que el fallo en estudio pretende puntualizar.

Por un lado, cuando la actividad viciada se haya desarrollado dentro del ámbito de lo societario, se aplicará la norma del art. 2377; mas cuando la misma se haya extralimitado de lo societario por la ilicitud de su objeto, se aplicará la normativa del derecho común.

Así lo sostiene también Galgano (14), quien señala que la acción de anulabilidad del art. 2377 CCiv. italiano incluye los casos de violación de normas imperativas de la ley, con la sola excepción de la nulidad del art. 2379, referido a los casos de objeto ilícito o imposible.

Analizado, pues, desde el punto de vista del derecho de la fuente, corresponde llegar a la misma conclusión; todo lo cual lleva a ponderar una vez más la solución brindada al caso.

c) Precedente “Bona, Gaspare v. CILSA. Compañía Industrial Lanera Safel s/sumario” (15)

1) *Mérito del fallo*: el precedente en estudio tiene el mérito o la particularidad de haber acotado o delimitado el ámbito de aplicación de la doctrina emanada del resonante caso “Abrecht v. Cacique Camping”.

En efecto, en esta oportunidad la misma sala D volvió a fallar sobre un nuevo caso de aumento de capital, pero esta vez resolviendo de manera contraria a la del precedente antes citado.

Mientras que en “Abrecht” se había declarado inaplicable el plazo de caducidad del art. 251 LSC., en “Bona” se declaró operada dicha caducidad ante la impugnación tardía del aumento de capital.

(14) Galgano, F., “*La società per azioni*”, 1973, Ed. Zanichelli, Bologna, p. 118. En forma coincidente, Cottino, G., “*La società per azioni*”, 1972, Unione Tipografica Editrice, Torino, p. 129. Ambos citados por Manóvil, Rafael M., “El uso desviado de los mecanismos societarios...” cit., p. 554.

(15) C. Nac. Com., sala D, 15/8/1997, ED 176-223.

(16) Manóvil, Rafael M., “Nulidades asamblearias. Un nuevo fallo esclarecedor”, ED 167-235.

Pese a la aparente contradicción expuesta, no estamos en presencia de sentencias contradictorias de una misma sala, sino ante la justa delimitación de los supuestos de excepción en que cabe aplicar la doctrina emanada del caso “Abrecht”.

Ello así, porque, como se verá seguidamente, el marco fáctico que rodeó a este segundo caso fue sustancialmente diferente del anterior.

2) *Antecedentes del caso y diferencias con el precedente “Abrecht”*: en esta oportunidad la sociedad demandada también había procedido a un aumento de capital, pero, a diferencia de lo que sucedió en el caso predecesor, éste no aparecía como injustificado.

El único vicio que pudo alegarse fue que uno de los accionistas fue representado en la asamblea por el presidente del directorio, en violación de lo dispuesto por el art. 239 LSC.

El actor adujo que dicha norma era de orden público y que, consecuentemente, la nulidad engendrada era absoluta; motivo por el cual no le resultaba aplicable el plazo trimestral previsto por el art. 251 LSC.

El juez de grado, compartiendo el criterio del actor, hizo lugar a la acción, la cual fue rechazada posteriormente en la instancia de alzada por considerarse que no se había afectado el orden público y que no resultaba aplicable la doctrina del caso “Abrecht”.

Es que en el precedente “Abrecht” el tribunal tuvo por comprobado un acto fraudulento, dirigido ex profeso y con sorpresa a reducir a una expresión mínima la participación societaria de los accionistas actores, lo cual llevó a considerar inaplicable el plazo del art. 251 LSC. En cambio, en “Bona” la discusión propuesta por la actora para fundar la impugnación en razón de los perjuicios que al actor causó la resolución asamblearia de aumento de capital se circunscribió sólo a la temática jurídica vinculada a una violación a la Ley Societaria. En otras palabras, en aquel caso se trató de una asamblea sin vicios formales respecto de la cual se planteó y probó una actuación perjudicial fraudulenta, mientras que en este caso se pretendió corregir un alegado perjuicio aprovechando la existencia de un vicio formal: que de no haber mediado este último, probablemente la demanda no habría sido siquiera planteada (16).

Así expuesta la cuestión, queda claro entonces que la

jurisprudencia de nuestro fuero comercial ya ha demostrado cabalmente saber dispensar el tratamiento adecuado a las distintas hipótesis que se plantean a su debate, eludiendo—cuando corresponde—la aplicación del plazo trimestral del art. 251 LSC. y persiguiendo su recta y estricta aplicación en los demás casos.

d) Resumen

Como resumen de todo lo expuesto en este capítulo puede decirse que existen cuatro tipos de violaciones posibles que dan lugar a distintos tipos de nulidades (17). A saber:

1) *Violaciones de normas supletorias*: estas normas pueden ser libremente dejadas de lado por voluntad de las partes, porque en su observancia no se encuentra comprometido el orden público. Por lo tanto, las nulidades que las mismas engendren serán de tipo relativo, siendo sus vicios perfectamente prescriptibles y confirmables. Se les aplica en pleno el plazo de caducidad del art. 251 Ley de Sociedades.

2) *Violaciones de normas de orden público*: en virtud de que la observancia de dichas normas afecta a la organización social de la comunidad y las instituciones fundamentales del estado, su violación no puede estar sujeta a confirmación por voluntad de las partes ni prescripción por el mero transcurso del tiempo. Por tal motivo, la nulidad engendrada será de tipo absoluto, debiendo regirse por el art. 1047 CCiv. y quedando consecuentemente excluidas del ordenamiento societario.

3) *Violación de normas imperativas*: como se ha explicado, si bien los preceptos predicados por estas normas son inderogables en abstracto por voluntad de las partes, en tanto dicha inderogabilidad está destinada a proteger intereses de particulares y no de la comunidad o la sociedad, las nulidades que engendren sus violaciones siempre serán de tipo relativo.

La posibilidad de confirmación por voluntad de las partes o por el transcurso del tiempo no se contradice con el carácter inderogable de la norma, porque la inderogabilidad, como se ha dicho, es *in abstracto*. Lo que no se puede hacer es renunciar en abstracto a la protección de los derechos brindada por la norma. Pero cuando esos derechos hayan sido violados en un caso concreto, entonces sí el particular podrá renunciar a dicha protección.

Si mediante una asamblea se resuelve prohibir para el futuro el ejercicio del derecho al voto acumulativo, la

resolución será inválida e inaplicable por más que no se la haya cuestionado en debido tiempo. Así, cuando en el momento de elegir a los miembros del directorio se le prohíba al socio ejercer su derecho al voto acumulativo, éste podrá hacer caso omiso de dicha prohibición y votar igualmente de manera acumulativa, y en el caso de que no se lo permitiesen podrá demandar la nulidad de tal asamblea. Sin embargo, si transcurrido el plazo de tres meses fijado por el art. 251 LSC. no se hubiere deducido la pertinente acción contra la asamblea en la cual se eligieron los directores y se lo privó en concreto de votar acumulativamente, la acción habrá prescrito y el vicio habrá quedado purgado por el transcurso del tiempo.

4) *Utilización de los mecanismos societarios para la consecución de fines extrasocietarios*: éste es el caso previsto por el precedente “Abrecht”, en el que corresponde dejar de lado las previsiones del ordenamiento societario, no porque se viole el orden público, sino porque se rompe el presupuesto básico de aplicación de tal ordenamiento.

Como ya se ha explicado, la materia societaria fue prevista para reglar las relaciones de los socios, en miras de la consecución de un objetivo lícito y común que podríamos denominar la “actividad empresaria”. Mas cuando uno de los socios escapa a dicha finalidad y actúa motivado por fines ilícitos, resulta inaplicable el ordenamiento societario, debiendo recurrirse a las previsiones del derecho común.

En virtud de ello, si bien las nulidades a que den lugar este tipo de actitudes serán siempre relativas—en tanto no afecten el orden público—, no estarán sujetas al plazo del art. 251 LSC. sino a la prescripción bianual del art. 4030 CCiv.

III. OPINIÓN SOBRE EL TEXTO PROPUESTO POR EL ANTEPROYECTO

A la luz de lo expuesto precedentemente, no me resta más que concluir que el anteproyecto ha omitido la relevancia del precedente “Abrecht v. Cacique Camping”, que regula exactamente la situación que se pretende tutelar mediante la reforma, y crea—en consecuencia—un marco de preocupante inseguridad jurídica.

Como claramente surge del análisis efectuado, la imprescriptibilidad de la acción de impugnación sólo resulta procedente cuando media la afectación de un interés público. De no ser así, por más finalidad ilícita

(17) He dicho anteriormente (en “Las asambleas de accionistas”, 2001, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma) que existen cinco tipos de violaciones posibles, siendo la quinta la correspondiente a la que emana del precedente jurisprudencial “Tachi, C. v. Meter Hnos.”, que no corresponde tratar en este trabajo por no guardar relación directa con tópico bajo análisis.

que persiga la resolución asamblearia adoptada, su nulidad será siempre relativa y, por ende, la acción para obtener su impugnación será siempre prescriptible. Habrá de echarse mano, en todo caso, a la prescripción bianual del Código Civil, como sucedió en el precedente mencionado, pero no deberá dejarse abierta de por vida la posibilidad de anular el acto.

Pondérese, a mero título de ejemplo, el supuesto de un aumento de capital perpetrado con fines exclusivamente licuatorios de la participación social del accionista minoritario. Sin lugar a dudas, en miras al texto proyectado, la acción judicial para perseguir la declaración de nulidad de la resolución asamblearia que dispusiera el aumento sería imprescriptible. Lo cual —a primera vista— podrá parecer una solución tentadora si se la analiza desde la perspectiva del accionista perjudicado; pero a poco que se estudie la cuestión en profundidad, se advertirá que la protección de los derechos del accionista negligente que no supo velar por el resguardo de sus intereses en debido tiempo termina perjudicando gravemente la seguridad del tráfico comercial.

En efecto, si por haber perjudicado el interés particular del minoritario licuado el aumento de capital va a estar sujeto de por vida a su tacha de nulidad, entonces no existirá tercero alguno que pueda adquirir certeza de ninguna índole sobre la compra de las acciones emitidas como consecuencia de dicho aumento.

Esto parece excesivo desde todo punto de vista, y una sanción semejante sólo es admisible en aras de la defensa de un interés superior de la comunidad, como lo es el interés público.

La solución propuesta, por el contrario, importa postergar el interés público en la certeza de las transacciones jurídicas en pos de la protección de un interés particular. En este sentido, no puedo compartir este aspecto de la reforma propiciada.

Es que justamente el motivo por el que se previó el exiguo plazo de tres meses del art. 251 LSC. fue que se consideró que la dinámica societaria no podía quedar expuesta a largos plazos de prescripción para otorgar seguridad jurídica a las resoluciones adoptadas por el órgano asambleario.

Elo así, porque está en juego no sólo el interés de los propios socios sino también el de los terceros que contratan con la sociedad. Vale decir que entre el interés de los socios a resguardar sus derechos y el de los terceros que contratan con la sociedad, se optó por privilegiar el de estos últimos.

Sólo se admitió ceder a tal principio de certeza en las

transacciones ante la necesidad de tutela del orden público (que, en definitiva, no deja de ser una forma más de privilegiar el interés de los terceros).

Siguiendo con esta línea argumental, no se advierte el porqué del sometimiento al régimen de imprescriptibilidad de las resoluciones que —aunque adoptadas con un objeto ilícito— perjudiquen sólo el interés particular de un accionista individual.

Lo importante del caso es merituar si dicho objeto ilícito importa la afección de un interés público (en cuyo caso la nulidad será absoluta y, por ende, imprescriptible), o si, por el contrario, importa la afección de un mero interés particular, como es el supuesto del aumento de capital licuatorio utilizado como ejemplo (en cuyo caso la nulidad será relativa y, por ende, prescriptible).

Es de destacar que —como ya hemos visto— en este último caso la jurisprudencia ya ha logrado encontrar el adecuado marco de protección del accionista perjudicado, dejándolo a salvo del exiguo plazo trimestral del 251 LSC. y sujetando el régimen de prescripción de su acción al plazo bianual del art. 4030 CCiv. Y es por ello lamentable que el anteproyecto no haya recogido la senda ya ensayada por nuestros tribunales.

A la luz de lo expuesto, de prosperar el texto del anteproyecto nunca habrá certeza absoluta sobre la validez de una determinada operación, pues al ampliarse la referencia objetiva del orden público como causal de inconfirabilidad de los actos a una referencia de carácter más subjetivo, como lo es la persecución de un objeto ilícito, nunca habrá de conocerse con seguridad si el acto en cuestión puede llegar a ser observado en el futuro.

IV. CONCLUSIÓN

Por todo lo anterior, concluyo que habría sido preferible que el anteproyecto siguiera el criterio sustentado por el Código Civil Italiano, previendo la coexistencia de dos regímenes paralelos, reenviando el plazo de prescripción de la acción de impugnación a cada uno de ellos, según el caso.

Así, cuando la asamblea impugnada se refiriese a una temática auténticamente societaria primaria la prescripción breve del art. 251 LSC., mientras que cuando por intermedio de la misma se hubiese buscado la consecución de un fin extrasocietario, prevalece la prescripción bianual del Código Civil. Y en ambos supuestos sólo sería aplicable el régimen de la imprescriptibilidad en los casos en que se viese afectado el orden público.

Ésta es la solución que mejor concilia todos los intereses en juego; y es, por otra parte, también la que ya

había aceptado nuestra jurisprudencia en el precedente "Abrecht".

Sin perjuicio de ello, tal como ya lo adelantara al co-

mienzo de estas líneas, no dudo de que de sancionarse el anteproyecto con el texto propuesto, nuestros tribunales comerciales sabrán encauzar por sus debidos cauces la problemática aquí planteada.

Brevísimo análisis del anteproyecto de reformas de la ley 19550 y la acción social de responsabilidad en la quiebra

Por Darío J. Graziabile

SUMARIO:

I. Palabras preliminares.— II. Art. 278 ley 19550. Problemas actuales.— III. Art. 278 del anteproyecto de reformas. Soluciones.— IV. Reflexión

I. PALABRAS PRELIMINARES

Quienes nos desarrollamos en el ámbito del derecho patrimonial —y dentro de él, preferentemente, en el derecho comercial— vemos con beneplácito la renovación constante de nuestro derecho mercantil y su *aggiornamento* y actualización conforme al desenvolvimiento que tiene dicha rama del derecho, tan cambiante y versátil.

Por nuestra parte, que venimos del "concuralismo", disciplina en la cual desembocan todas las otras ramas del derecho, nos llena de augurios favorables poder anunciar una reforma prudente y contemporánea del derecho societario, respecto de la que aventuramos —*rectius*: anhelamos— una pronta acogida legislativa.

Nuestra reciente historia legislativa nos ha mostrado que quizás lo mejor no ha visto la luz como "ley" y que siempre que ha habido algo bueno se lo ha "pisado".

Así, y más allá de las divergencias ideológicas que han hecho que no sea promulgado como ley, se frustró la unificación del sistema civil y comercial en el Código unificado, el que proponía un avance sustancial en el Derecho Privado argentino, sobre el cual mucho se ha estudiado y debatido y que así, o de otra forma, modernizaba el derecho civil y comercial, que en cuanto a sus bases data del XIX. Proceso que culmina con aquel proyecto tirado a la "papelera de reciclaje".

Tampoco ha logrado resultado positivo el proyecto del Ministerio de Justicia de 1997 para reformar la Ley Concursal 24522 (LA 1995-B-1547), el cual acogía la

mayoría de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que hacían y hacen tambalear la estructura misma de dicha ley, la cual lamentablemente ha recibido un certero golpe con las lamentables reformas del año 2002, la de la ley 25563 (LA 2002-A-52), paupérrima en todo sentido, y la de la ley 25589 (LA 2002-B-1662), triste en cuanto a la forma en que se sanciona, reformas por las cuales se ha hecho un simple clic en "eliminar" para el proyecto de 1997.

Y ni hablar de los intentos de reformas a la Ley de Cheques, que si bien con la sanción de la ley 24452 (LA 1995-A-102) intenta darles más utilidad práctica a los diferentes cheques "inventados" —más precisamente, el de pago diferido y el certificado—, no logra la flexibilidad que tal instrumento necesita, lo que no puede tampoco enderezarse a través de las constantes reglamentaciones del Banco Central. No se ha escuchado en el tema a la doctrina que ha "gritado" sus defectos.

Ahora estamos estudiando un anteproyecto para reformar la Ley de Sociedades Comerciales, la cual data del año 1972, con dos reformas-parches realizadas en los años '80. Mucho podremos escribir y estudiar al respecto, pero si siguen las historias-histerias argentinas todo el "mar de tinta" será en vano, pues si no llega a "ver la luz" como corresponde, seguiremos, como ya estamos acostumbrados, con la vieja ley, con los viejos problemas y con las viejas soluciones.

Pero el anteproyecto está, y bienvenido sea, y ojalá sea estudiado no sólo en el ámbito académico, sino necesariamente en el ámbito legislativo, con la seriedad que