

PLAZO DE IMPUGNACION DE LAS DECISIONES ASAMBLEARIAS

Efraín Hugo RICHARD

**Comunicación a XIX JORNADAS NACIONALES de INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL, Rosario
Junio 2012**

Síntesis: El plazo perentorio del art. 251 LS no se aplica en caso que no haya existido la asamblea a la que se imputa la resolución cuestionada. Y se amplía cuando media violación del orden público o haya existido dolo, pudiendo llegar a considerarse imprescriptible..

Un tema central del derecho societario es el de la validez de las resoluciones asamblearias¹.

Esa validez puede estar afectada por vicios de la Asamblea que adopta la resolución o por aspectos vinculados a la resolución misma. Vicios que por la magnitud pueden configurar nulidades que, en su caso, han llevado a ampliar el plazo de impugnación previsto por el art. 251 LS². Las nulidades en nuestro Código Civil han sido articuladas en forma genérica para todos los actos jurídicos³.

Centraremos el análisis en el plazo otorgado para la impugnación de la resolución asamblearia, particularmente de supuestos que permiten el apartamiento del plazo previsto en el art. 251 LSA.

Meditaremos sobre dos fallos (dictados por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el 11 de Mayo de 2011 en autos “*Gazzolo María del Carmen contra Agropecuaria La Trinidad SA sobre ordinario*” y “*Yegros Carmona Ramona contra Missisipi Tours Sociedad Anónima y otros sobre sumario*”), y otro de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación

¹ Acuerdo colegial colectivo, negocio de mayorías. Salvo el caso de asamblea unánime en que adquieren características de negocio contractual.

² Nto “SOBRE NULIDAD DE RESOLUCIÓN ASAMBLEARIA” en *Derecho Societario y Concursal – Tendencias jurisprudenciales*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012. Correspondiendo a la publicación para el Décimo Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias Societarias, y Duodécimo Seminario Anual sobre Actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias concursales, pág. 141.

³ No así en relación a personas jurídicas, sobre lo que puede verse nto. “En torno a la "NULIDAD ABSOLUTA" de sociedad y el sistema jurídico de las relaciones de organización” en *Revista Cuadernos de Derecho*, n° 14 Axpilcueta, 13, 1-242, Fonodis, 1999 págs. 95-111, (ABSTRACT: El análisis de la nulidad de las sociedades permite interpretar la asistemática regulación de las relaciones de organización, normalmente introducidas por el derecho societario, y la normación de la nulidad de los actos jurídicos y los efectos de la nulidad sobre los sujetos de derecho. El ensayo permite reflexiones en torno a una sistemática de las relaciones de organización, actos colegiales colectivos, centros de imputación, etc. abordando no sólo la temática societaria y concursal).

Nos limitaremos a resaltar las partes que corresponden en esos fallos con el nudo de la cuestión dogmática en análisis.

I – SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE ASAMBLEAS.

Con Orlando Manuel Muiño sostenemos “El principio mayoritario es el único que permite el funcionamiento práctico de las sociedades anónimas, y hay que evitar que se le infiera una herida mortal. Pero tampoco se puede dejar a los accionistas minoritarios, o por mejor decir, a los accionistas que no secunden con su voto los acuerdos sociales, totalmente a merced de la mayoría cuando ésta, con olvido de sus deberes, lesiona los intereses de la sociedad comunes a todos los accionistas, o infringe los mandatos de la ley y de sus propios estatutos... en cada uno de los casos corresponderá determinar si se trata de una cuestión de nulidad absoluta o relativa, distinción que tiene trascendencia fundamental respecto de los titulares de la acción y a la no aplicabilidad del plazo de tres meses que la doctrina mayoritaria sostiene para casos de nulidad absoluta, lo que ha motivado que se restrinjan esos supuestos, sosteniéndose que son pocos los casos en que puede hablarse de un *orden público societario* ... Las nulidades absolutas se refieren a decisiones que contravengan disposiciones de orden público, o afecten derechos inderogables de los accionistas, y nulidad relativa en los demás casos. Sin embargo, hemos de aclarar que el criterio de distinción de las categorías de nulidades en nuestra ley es bastante confuso, por lo cual, sin entrar en polémicas más profundas, diremos que, para nuestros fines, será nulidad absoluta aquella que sea insubsanable –con prescindencia de si se trata de acto nulo o anulable–, comprendiendo a todos los demás supuestos en una sola categoría, la de las nulidades subsanables”⁴.

Otaegui ha hecho una contribución imperdible en todos estos aspectos⁵.

La producción doctrinal es abundante. Nos apoyamos en Roitman y colaboradores⁶: “La nulidad de las decisiones assemblearias debe estudiarse dentro de ese contexto. Hay actos *nulos* y *anulables*; de *nulidad absoluta*, imprescriptibles e inconfirmables, en los cuales está comprometido el orden y el interés público, o de *nulidad relativa*, que son prescriptibles y confirmables. - La discusión planteada en doctrina es si esta norma comprende la *nulidad absoluta* o solamente la *nulidad relativa*⁷, y como el derecho general de las nulidades distingue entre nulidades absolutas y relativas. La distinción se debe al carácter del interés tutelado con la nulidad, si éste es particular, la nulidad es relativa...; si es general, la nulidad es absoluta... La distinción es de suma importancia pues de ella deriva el alcance de la legitimación, la posibilidad de ser declarada de oficio, su confirmabilidad, y la prescripción. - El orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones⁸ en beneficio de los socios y accionistas minoritarios (decisiones assemblearias sobre temas no incluidos en el orden del día, quórum, mayorías), de los terceros (régimen de publicidad) y de la sociedad en general

4 En *Derecho Societario*, 2º edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea Buenos Aires 2007, tomo I pág. 588 y ss.. La acción de nulidad prevista por el art. 251 LSC, establece un régimen especial que se aparta del establecido por el Código Civil que sólo prevé la nulidad del acto jurídico en general pero no la del acto jurídico colegial, como es la decisión assemblearia. Entre las particularidades es ésta puede destacarse que las nulidades pueden estar fundadas no sólo en el contenido de las decisiones adoptadas, sino también ser motivadas por vicios en la constitución de la asamblea. Cuando existen vicios de convocación y constitución de la asamblea habrá nulidad relativa o impugnabilidad de las decisiones cuando medien vicios en las formas no esenciales de la convocación o en defectos de la reunión. Para fijar el alcance y funcionamiento de las nulidades es necesario considerar el interés protegido en ella y juzgarse, en principio, válida la decisión cuando estos intereses han estado íntegramente y positivamente tutelados (CapelCdel Uruguay, Sala CiviCom., 28/6/85, Zeuz, t. 40 pág. 60, secc. Jurisprudencia).

5 OTAEGUI, Julio César *Invalidez de actos societarios*, Ed. Abaco, Buenos Aires.

6 Para una información completa de doctrina y jurisprudencia, además de la opinión de los autores: ROITMAN, Horacio y colaboradores "Ley de sociedades comerciales comentada y anotada", t. IV, 2ªed. La Ley Buenos Aires 2011, art. 251 y ss..

(moral y buenas costumbres, por ejemplo actividades ilícitas, emisión de acciones bajo la par). No toda decisión asamblearia contraria a una norma inderogable es de nulidad absoluta. La conclusión es lógica: no toda norma inderogable protege el interés general de la sociedad de forma inmediata⁹. - Las resoluciones sociales que afecten intereses generales de terceros o de la comunidad en general implican evidentemente una nulidad absoluta. El tema no es claro respecto de las normas inderogables en beneficio de los socios minoritarios. ...la acción con sustento en la nulidad absoluta debe promoverse con fundamento en el derecho común y no en el societario”.

II - Del primer fallo, de la misma fecha del que comentaremos a continuación, CNCom, Sala D, Mayo 11 de 2011, “Yegros Carmona Ramona contra Missisipi Tours SA y otros sobre sumario”, entresacamos del primer voto del Dr. Dieuzeide –al que adhieren los otros dos vocales- la argumentación que a su juicio permitiría receptor un cuestionamiento tardío de la resolución impugnada, pese a que concluye que los hechos en análisis no la autorizan.

⁷ Cfr. HALPERIN, ISAAC. Entiende que el instituto es una parte especial del régimen general contenido en el Código Civil. “*Sociedades anónimas*”, ed. 1974, op. cit., ps. 639 a 640 y nota 247, p. 642. HALPERIN, ISAAC – OTAEGUI, JULIO C. “*Sociedades Anónimas*”, 2ª ed. 1998, § 67, ps. 753 a 788. MANOVIL, RAFAEL, en la posición contraria sostiene que se excluyen del régimen las violaciones del orden público y por ende se rigen directamente por el derecho común, MANOVIL, RAFAEL MARIANO, “*Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: Una imprescindible distinción*”, V Congreso de Derecho Societario, t. II, p. 312 y sigtes., RODRIGUEZ DE LA PUENTE, LUIS, “*Impugnación de asambleas: la aplicación de diversos regímenes*”. JA, 1998-II-595. www.lexisnexis.com.ar. Lexis N° 0003/000701.

⁸ OLIVERA GARCIA, RICARDO, “*Estudios de derecho societario*”, Rubinzal, Buenos Aires, 2005, ps. 92/93.

⁹ CCiv. y Com. La Matanza, Sala I, Mancini, Lidia c/ Ramos Norte S.C.S. 29/08/2003. LLBA, 2004 (febrero), 68: La acción tendiente a dejar sin efecto un acto asambleario de nulidad absoluta debe ser ejercida por la vía ordinaria de nulidad prevista por el Cód. Civil, toda vez que las vías de impugnación de decisiones asamblearias previstas por el art. 251 de la ley de sociedades ley 19.550 sólo está reservada para los supuestos de invalidez relativa. - CNCom., Sala C, Block, Susana H. y otros c/ Frigorífico Block S.A. 04/03/2005. LA LEY, 29/08/2005, 6, con nota de GAGLIARDO, MARIANO, “*Una decisión asamblearia inválida plena de observaciones*” - IMP 2005-13-1933: El vicio en el objeto de la resolución o decisión asamblearia impugnada —por ser ilícito o imposible— produce la nulidad inconfirmable e imprescriptible del acto, pues la sola posibilidad de que los actores, en su calidad de accionistas, pudiesen haber ejercido su derecho de receso, o bien de suscripción preferente, no puede conducir a convalidar decisiones que repelen abiertamente las pautas legales antes referidas. CNCom., Sala A, José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Aluar Aluminio Argentino S.A. s/ sumario. 11/09/2001. www.csjn.gov.ar: Adolece de nulidad absoluta la previsión dispuesta estatutariamente por una sociedad anónima, respecto de la prescripción de cierto derecho de los accionistas, toda vez que la decisión asamblearia que aprobó esa norma estatutaria invadió la exclusiva competencia del legislador para regular una materia de orden público como es la prescripción; de tal manera, la decisión asamblearia tuvo un objeto prohibido, de modo que ese acto es nulo “como si no tuviese objeto” (C.Civ. art. 953).

Así el doctor Dieuzeide dice sobre el uso desviado de los mecanismos societarios que excluye la impugnación del plazo del art. 251 LS, sobre orden público y dolo: “A) Debe partirse de la base de que el plazo fijado por la L.S.: 251 es inaplicable cuando el acto colegial **está afectado por una causal de nulidad absoluta**¹⁰ (c.c.: 1047; conf. precisión formulada por los señores jueces Uzal y Kolliker Frers al adherir al voto de la mayoría en el fallo plenario "Giallombardo D. N. c/ Arrendamenti Italiani S.A." -CNCom. en pleno, 9.3.07-; Manóvil, R.F. “El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251 de la L.S. en un fallo que marca un hito”, E.D. 168-545, cap. III, nros. 4, 6 y 7 y doctrina allí citada; Zaldivar, E. y otros "Cuadernos de derecho societario", v. III, nro. 43.4.1.3, p. 491, ed. 1983; contra Sasot Betes, M.-Sasot, M. "Las asambleas", cap. IV, nro.12, p. 654, ed. 1978 para quien la caducidad rige para los vicios asamblearios de nulidad absoluta y relativa). - B)

Desde esta perspectiva, siguiendo también a prestigiosa doctrina, considero que pese a la relativa imprecisión de su contenido, el orden público es el **"conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de una organización social establecida" que no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos** (c.c.: 21, conf. Llambías, J.J. “Tratado de derecho civil- Parte General”, t. I, nros. 184, 195 y 197, pgs. 158, 163 y 197, ed. 1973). - C) Si se considera que en este caso la pretensión de nulidad de las decisiones asamblearias de aumentar el capital y de aprobar estados contables y la gestión del directorio puede ser materia de desistimiento del derecho o de un acuerdo transaccional o conciliatorio (c.p.c.: 305, 308 y 309; c.c.: 844 y 849), ya que no se advierte el motivo que pueda impedirlo (v. Llambías, J.J. “Tratado de derecho civil-Obligaciones”, t. III, nro.1828 y 1830, pgs. 106-107, ed. 1973), y tampoco hay razón para que el órgano judicial pueda declarar de oficio la nulidad de las asambleas cuestionadas (c.c.: 1048; Llambías, J.J., op. Cit. "supra" 2.a.I B, t. II, nro. 1081, p. 616, ed. 1973) se advierte con claridad que el interés patrimonial que la actora intenta proteger no afecta el orden público, y que por lo tanto el ejercicio de la acción caducó. Por lo demás, la decisión de aumentar el capital social que pudiera estar afectada por un vicio concerniente tanto al acto asambleario cuanto a la competencia de la asamblea, es una decisión que en cuanto a su contenido sería en principio subsanable por la ratificación de otra asamblea exenta de eventuales vicios, lo cual predica también acerca del carácter relativo de esta nulidad (v. Sasot Betes, M.-Sasot, M., op. cit., cap. IV. 3. b 1 y 2, pgs. 581/582). - II) Debe examinarse no obstante -y considero que la pretensión y el recurso apuntan a este propósito- si la inaplicabilidad del régimen de caducidad de la L.S.: 251 **no deriva de un supuesto de nulidad absoluta por vulneración de las normas de orden público, sino por haberse configurado la circunstancia excepcionalísima de que pese a tratarse de una nulidad relativa, la decisión asamblearia que dispuso el aumento de capital constituyó un mero instrumento formal para la consecución dolosa de finalidades extrasocietarias**, en situación similar a la juzgada en el caso “Abrecht P. A. y otra c/ Cacique Camping S.A.” (CNCom., esta Sala con distinta integración, 1.03.96, E.D. 168-544) reiteradamente invocado por la actora apelante. Aprecio que tal circunstancia no aparece comprobada, por cuanto: A) En primer lugar, entiendo que el dolo del codemandado ...no está acreditado, ya que por tratarse de **un**

¹⁰ Esta negrita y subrayado, como los posteriores, nos pertenecen para resaltar el tema que constriñe nuestra atención y evitar posteriores reiteraciones.

supuesto de nulidad relativa pero realizado con dolo para obtener finalidades extrasocietarias, este supone que el acto afectado fue realizado a sabiendas y con propósito de dañar la persona o los derechos de otro (Llambías, J.J. op. cit. "supra" 2.a.I C, t. III, nro. 2279, p. 706, ed. 1973) y como tal debe ser probado por quien lo invoca como hecho constitutivo de la pretensión (c.p.c.: 377, Palacio, L. "Manual de derecho procesal civil", nro. 195 b.1, p. 437, ed. 1977).

Los señores Jueces de Cámara doctores Heredia y Vassallo adhieren al voto que antecede. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan así desestimar los agravios de la parte actora y confirmar la sentencia apelada en todas sus partes.

III – ORDEN PÚBLICO Y DOLO. Así queda enmarcada la posibilidad de introducir la acción de nulidad, soslayando el plazo de caducidad del art. 251 LS, cuando se afecta el orden público, o en supuestos de nulidad relativa si existió dolo para obtener finalidades extrasocietarias.

El orden público ha sido adecuadamente categorizado en el fallo referido. La CNCom., Sala C¹¹ expreso sobre el punto “Aunque por hipótesis el plazo del art. 251 de la LS fuese de prescripción y no de caducidad, no es aceptable la argumentación de que por haberse violado el art. 261 de la LS, habría razones de orden público que determinarían la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad de las asambleas impugnadas; pues el concepto de orden público alude a normas dictadas en consideración al interés general o social, pero no necesariamente comprende a toda normativa —como el comentado art. 261, relativo a la remuneración de los directores— que sea no disponible para las partes”.

IV – En el segundo fallo de la CNCom, Sala D, Mayo 11 de 2011 –reiteramos que es de la misma fecha que el anterior., “Gazzolo María del Carmen contra Agropecuaria La Trinidad SA sobre ordinario”, el voto minoritario del señor Juez de Cámara, doctor Dieuzeide expresa el mismo contenido doctrinario del anterior, concluyendo en que en la causa no se acreditan actos que autorizan la ampliación del término de impugnación. Remitimos a la lectura completa del voto.

Esta causa, tan dilatada, ya había recibido una resolución de la misma Cámara en anterior juicio, donde con fecha 23/09/2005, habilitó la presente acción, al revocar la resolución que decretó la caducidad de la acción tendiente a que se declare la nulidad de una decisión asamblearia, por haber transcurrido el plazo previsto en el art. 251 de la ley 19.550 pues, siendo que el actor pretende la nulidad por dolo de la decisión de capitalizar aportes irrevocables y aumentar el capital de la sociedad, los vicios atribuidos al acto impugnado resultan susceptibles de ser encuadrados en los supuestos de nulidad absoluta establecidos en el art. 1047 del Cód. Civil.

¹¹ Sichillaci, Irene M. y otra c/ Establecimiento Textil San Marco, S.A. 29/10/1990. ED, 141-304,

Del Dr. Vassallo tomamos la argumentación, pues la posición resulto mayoritaria por la adhesión del Dr. Heredia, donde se introduce la teoría del acto inexistente: "... Volviendo al estudio de la causa puesta a consideración de la Sala, esta cadena de hechos, que estimo probada con los elementos que he señalado en cada caso, tiene su corolario en una situación que, a mi juicio, define la solución del pleito: **la inexistencia de la asamblea** del 28 de mayo de 2002....Entiendo que **estamos en presencia de un acto inexistente.** - No ignoro que se trata de una categoría sumamente discutida en nuestro derecho, al punto que un buen número de los autores nacionales sostiene que los actos inexistentes no son una categoría autónoma de ineficacia de los actos jurídicos, sino que por tratarse de actos carentes de algún requisito esencial deben ser enmarcados en la categoría que les corresponda dentro de la clasificación que prevé la legislación y explica la doctrina en materia de nulidades.

Quienes aceptan la categoría de acto inexistente sostienen que para postular la nulidad de un acto jurídico es presupuesto necesario su existencia. Como didácticamente señala López Mesa, para desviarse de un camino, primero es condición haber transitado la senda; o para padecer una patología, es menester que exista vida, pues un ente que no nació no puede padecer enfermedades (López Mesa, M., *La doctrina del acto inexistente y algunos problemas prácticos*, LL 2006-C 1421). - Como he dicho, la discusión sobre la existencia, valga la paradoja, del acto inexistente ha dividido la doctrina presentándose a favor de esta tesitura, desde una óptica civilista, importantes autores como Moyano, Llambías, Borda, López Olaciregui, Fassi, Imaz, Cordeiro Álvarez, Compagnucci de Caso, Belluscio, Abelenda, Rivera, Boffi Boggero, Molinario, Bidart Campos, entre otros (enumeración realizada por López Mesa en el artículo antes mencionado). - Sin embargo se presentan contrarios a esta categoría, Segovia, Salvat, Lafaille, Nieto Blanc, Buteler Cáceres, Aráuz Castex, Spota, Lloveras de Resk y Zanoni (detalle realizado por Nissen R., *Impugnación Judicial de Actos y Decisiones Asamblearias*, página 39). - También la doctrina comercialista se ha dividido en este tema, pudiendo mencionar, entre los que están a favor a Halperín y Fargosi, mientras postulan la tesis contraria, Etcheverry y el mismo Nissen. - **Específicamente en materia societaria, Halperín indica como un supuesto de inexistencia del acto la "... falta efectiva de la reunión..."** (Halperín I., *Sociedades Anónimas*, página 643)... "El acto colegial es un acto único formado de la fusión de las declaraciones de los miembros de un solo órgano" (Vaselli, M., *Deliberazioni nulle e annullabili della società per azioni*, citado por Manóvil R., *El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251 de la LS en un fallo que marca un hito*, ED 168:545)¹². - Tengo como evidente que **en el caso, no se produjo el referido acto colegial en tanto no hubo reunión, menos aún deliberación y por último, no medió votación.** Se trató entonces de una construcción ficticia orientada simplemente a obtener la plataforma jurídica para lograr el ansiado aumento de capital, como necesaria

¹² Sobre el acto colegial o negocio de mayorías puede verse nuestra opinión en "SOBRE EXCLUSIÓN DE VOTO EN CONCURSO", en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones 248-605 (D); (RDCO), Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, n° 248 sección doctrina pág. 605, junio 2011.

herramienta para imponer a su hermana su voluntad. - El *iter* asambleario se incumplió casi totalmente. Sólo se efectivizó la publicación de la convocatoria, que se realizó mediante edictos conforme lo regula la ley 19.550 (art. 237). Empero, la asamblea no se constituyó (LC 233), por tanto no hubo deliberación, quórum, emisión del voto y consecuente decisión. Se cumplió también con la redacción del acta (LC 249), aunque como ya dije, reflejó una falacia. - Así, como dije como juez de primera instancia, la actuación de la demandada al “fabricar” una asamblea, mediante la sola redacción de un acta falsa, afectó sustancialmente los derechos sociales de la actora, conclusión que se adopta aún cuando fuera aplicado un criterio restrictivo al meritar los criterios de invalidez (Juzg. Com. N° 5, 13.11.1998, “Escasany María Isabel c/ Rivadeo S.A. s/ sumario”, firme). ...Es cierto que la inexistencia no fue la hipótesis esgrimida por la actora al tiempo de demandar. Es más, al criticar la sentencia, expresamente sostuvo que su pretensión no se encauzaba por la vía de la inexistencia sino que propiciaba la nulidad de la asamblea. - Empero, aún frente a la omisión de su planteo, **la inexistencia puede ser declarada de oficio, aún vencido el plazo establecido por la LS 251, no es susceptible de ser convalidada, puede ser invocada aún por quien ha intervenido en el acto simulado sin que sea aplicable, como sostuve más arriba, la limitación prevista por el 1047 del código civil**; por último no produce efecto alguno y nadie puede extraer consecuencias del mismo. - Todo ello permite, aún en la situación procesal antedicha, aplicar de oficio este concepto, en tanto de la prueba derive la presencia de un acto inexistente, como entendí acreditado. - Lo hasta aquí expuesto permite, a mi juicio, fundar mi posición disidente a la solución propuesta por el Dr. Dieuzeide, y propiciar la revocación del fallo.... Debo recordar que, **para quienes critican la inexistencia como categoría jurídica, el régimen de nulidad (en el caso nulidad absoluta), es el único previsto por la ley y resulta eficiente para atender situaciones como la planteada en la causa** (Nissen, Ricardo, obra citada, páginas 43/45; Etcheverry R., *Análisis del sistema de invalidez e ineficacia en la ley de sociedades comerciales*, LL 150:1101; Derecho Comercial, Sociedades, Doctrinas esenciales, T. I, página 205). - De allí que, como adelanté, **la solución también puede encauzarse por vía de declarar nula la asamblea** del 28.5.2002. - Como es sabido, ella también puede declararse de oficio, por tratarse de un supuesto de nulidad absoluta, lo cual permite al Juez, en este caso en línea con el planteo efectuado por la actora, adoptar esta solución de ser constatada con la prueba producida en la causa....”

V – SOBRE EL ACTO INEXISTENTE. El Dr. Vassallo ha cubierto la solución tanto desde la óptica doctrinaria del acto inexistente como el de la nulidad absoluta.

Adviértase casos tales donde existiendo publicidad edictal la asamblea no se realiza, y mucho tiempo después aparece llenado el libro Registro de Acciones y de Actas de Asamblea, vencido ya el plazo de impugnación.

La jurisprudencia había recepcionado la teoría: La decisión de la asamblea de una sociedad anónima adoptada sin haber alcanzado la mayoría legalmente prevista y exigible (arts. 243 y 244 LS) es nula de nulidad absoluta, por lo que no corresponde declarar la caducidad de la acción tendiente a impugnar tal decisión, puesto que tal vicio no es

susceptible de convalidación con el transcurso del tiempo (por tratarse el impugnado de un acto inexistente, que no deviene existente por el solo transcurso del tiempo)”¹³..

López Mesa ha abundado sobre la teoría del acto inexistente, siendo citado por la sentencia que acabamos de poner de resalto¹⁴. Al referirse a los “actos inexistentes” expone Borda¹⁵ que sólo puede hablarse de tales en ciertos supuestos extremos que ejemplifica y en los que existen evidentes divergencias o falta de consentimiento insusceptibles de hacer nacer un acto jurídico.

El acto inexistente puede ser impugnado por cualquier interesado, aún por el lo ha ejecutado sabiendo o debiendo saber el impedimento que obstaba al nacimiento del acto. En cambio la nulidad absoluta (sea el acto nulo o anulable) 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” (art. 1047 C.C.). La nulidad relativa (sea el acto nulo o anulable) sólo puede alegarse por aquél en cuyo beneficio se ha establecido la invalidez (art. 1048 C.C.).

Por otra parte, son aplicables tanto para los actos nulos como para los anulables los efectos de la declaración de nulidad en forma común, tratándose de nulidades manifiestas, es decir cuando sus vicios son ostensibles y notorios, el tercero no puede ampararse en su “buena fe” a los efectos de su inoponibilidad. Tampoco sería de aplicación el principio expuesto, en ciertos supuestos, especialmente cuando el antecedente del título del tercero resulta inexistente conforme lo expresa la jurisprudencia¹⁶.

VI – LA OPINIÓN DE LA CORTE EN TORNO A LA EXTENSIÓN DEL PLAZO.

¹³ Cámara 2ªCiv. y Com., Córdoba, Grimaldi J.C.I.R.P.C. 05/11/2002. RSyC N° 32. Enero/ Febrero 2005, p. 223.

¹⁴ López Mesa, M., *La doctrina del acto inexistente y algunos problemas prácticos*, LL 2006-C 1421).

¹⁵ *Tratado de Derecho Civil. Parte General, Ed. La Ley - 2008 - T. II - pág. 427.*

¹⁶ CNCiv. Sala F “*Cuando se trata de un acto inexistente, resultan privados de la protección del art. 1051, in fine del Código Civil aún los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, pues están amparados contra las consecuencias de la declaración de nulidad de un acto antecedente nulo o anulado, pero en el que ha sido parte el propietario enajenante pero no lo están si el acto ha sido declarado inexistente*”. 27.8.979. ED, 87-251, ídem Sala F. “*Los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso están amparados contra las consecuencias de la declaración de nulidad de un acto antecedente, pero no lo están si el acto ha sido declarado inexistente*”. 15.11.978. El Derecho 83-439.

La Corte se ha expedido sobre estas cuestiones. Extractamos las consideraciones que fundan la cuestión fallada con fecha: 07/12/2001, en la causa Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A.¹⁷ eu un caso de “leverage buyo ut” que –en casos- puede configurar administración fraudulenta:

“... impugna las asambleas debido a que en ellas se ha resuelto, en síntesis, **endeudar a la sociedad por obligaciones ajenas**, esto es, pasivos que -por imperio de la ley- estaban a cargo exclusivo de los socios titulares de las acciones clase A. En este aspecto cuestiona dos decisiones adoptadas por el órgano que gravan ilegítimamente el patrimonio de la demandada, ... la demandante ha fundado la nulidad no sólo en disposiciones de derecho privado, sino también en la violación de los principios de orden público que rigen el proceso licitatorio ..., se impone examinar la naturaleza del vicio que se endilga a las asambleas para determinar si se trata de un caso de nulidad absoluta o relativa. ... 7º) ... el Adjudicatario se aprovechó de su situación de accionista mayoritario en cada una de las asambleas impugnadas y endeudó a la sociedad por obligaciones que la ley de la licitación (Fallos: 311:2831 y 313:376) sólo le imponía a él; semejante vicio no sólo implica la afectación de los intereses de los socios restantes, sino también -y principalmente- la violación de los principios que rigen el procedimiento relativo a la licitación, cuya observancia atañe a la preservación del interés y del orden públicos (conf. Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, sexta edición, La Ley, Buenos Aires, 1964, T II, pág. 198, punto 271; Diez, Manuel María, Derecho Administrativo, Editorial Plus Ultra, segunda edición, 1979, tomo 3, pág. 96, nota 53; en sentido análogo con ligera diferencia de matices, Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, segunda edición actualizada, 1978, T 2, págs. 465 y sgtes. y T 3, págs. 85 y sgtes., 114, punto 612, y 194; y Parada, Ramón, Derecho Administrativo, undécima edición, Marcial Pons, 1999, para quien el interés público "sirve de justificación a toda la actividad administrativa", op. cit pág. 428). - ... por lo tanto, las asambleas cuestionadas han sido un instrumento del que se ha servido el Adjudicatario para violar el principio de igualdad de oferentes modificando las estipulaciones a las que ajustó su cotización mediante la transferencia a la demandada de deudas que, en virtud del Pliego, le correspondía afrontar. - En este orden de consideraciones es preciso recordar, una vez más, que los contratos celebrados con la administración no son ajenos a la regla contenida en el primer párrafo del art. 1198 del Código Civil en cuanto a que deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosíblemente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. ...8º) Que sobre la base de las premisas expuestas, **no corresponde limitar la pretensión de autos a la aplicación del art. 251 de la ley 19.550**, pues queda claro que en el sub lite no se debaten meros intereses individuales de comerciantes. Es que, cualquiera que fuere la naturaleza jurídica que se pretenda atribuir a la asamblea de accionistas, los asuntos decididos por ella expresan la voluntad social y deben ajustarse a las reglas, comunes a todos los actos jurídicos, contenidas en los arts. 21 y 953 del Código Civil. Con tal comprensión, es

¹⁷ LA LEY2002-E, 863 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001:

evidente que los socios de la demandada **no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.)**. - Dado que la violación de la ley de la licitación encuadra en los supuestos prohibidos por las disposiciones aludidas y que ella fue concretada mediante las asambleas en tela de juicio, **no cabe otra decisión que declarar la nulidad absoluta de tales actos** en aquellos aspectos que motivaron este pleito, ello en atención a la trascendencia del interés comprometido (conf. arts. 21, 953 y 1047 del Código Civil, y Fallos: 179:249 y 316:382, considerando 13, antes cit.). - 9º) Que la conclusión que antecede se ve robustecida en el sub lite por dos razones; la primera porque **el traspaso de las deudas que el adjudicatario efectuó a la demandada agravó ilegítimamente la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general y se vincula con la prestación de un servicio público (conf. arts. 3º de la ley 15.336 y 1º de la ley 24.065); la segunda debido a que las asambleas impugnadas implican la voluntad social de obligar al Estado Nacional ... a soportar deudas sin causa jurídica que lo justifique**, amparándose para ello en el principio de contribución de las pérdidas común a toda sociedad (arts. 1, in fine, y 13, inc. 1, de la ley 19.550 y art. 1652 del Código Civil; ver art. decimonoveno a fs. 352 -causa C.2002- y arts. 11, inc. 7 y 166 de la ley 19.550). 10) Que **la declaración de nulidad absoluta** resuelta por el Tribunal no constituye un apartamiento de las cuestiones comprendidas en la litis. En efecto, el presupuesto de hecho sobre el que la actora fundó su pretensión fue admitido y, por lo demás, acreditado en la causa; por lo cual, el derecho en que aquélla fundó la demanda -esto es el art. 251 de la ley 19.550- no constituye obstáculo para que **esta Corte aplique, como lo haría cualquier otro tribunal, el principio iura novit curia y dirima el conflicto subsumiendo la realidad fáctica en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes** (Fallos: 261:193; 282:208; 300:1034) o aun, ante el silencio de éstas (Fallos: 211:54). - 11) Que, en consecuencia, corresponde rechazar la defensa de falta de legitimación activa toda vez que ella se sustenta en un enfoque de neto corte "iusprivatista" de la cuestión, a saber, que sólo está legitimado para impugnar la asamblea el socio que reviste tal carácter al tiempo de celebración del acto, o bien, aquel que la cuestionó dentro del plazo de "90 días corridos" (fs. 167/168), expresión mediante la que se alude -impropiamente- al plazo de tres meses previsto en la última parte del art. 251 de la ley 19.550. - Es claro que semejante planteo es conciliable con los supuestos de nulidad relativa, pues en ellos la acción que la ley le confiere al particular interesado es prescriptible; empero, en el sub lite **se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte** y a la casi totalidad de la doctrina autorizada para la cual rige la máxima quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempo convalescere (conf. Llambías, Jorge Joaquín "Efectos de la Nulidad y de la Anulación de los Actos Jurídicos", cit., pág. 81). En una línea afín de pensamiento con este principio, en el paradigmático precedente de Fallos: 179:249 ya citado, el Tribunal expresó que **"Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, 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. 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" (fallo cit. considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°. - Va de suyo que la imprescriptibilidad de la nulidad absoluta importa la imposibilidad de confirmación ulterior del acto viciado, porque resultaría contradictorio admitir que la ley veda la subsanación del acto por transcurso del tiempo en atención a razones de interés público, pero que al mismo tiempo la admite cuando la lleve a cabo el particular interesado (Fallos: 190:142). - Conviene agregar que la circunstancia de que la nulidad absoluta sea, como en el caso, dependiente de juzgamiento por no resultar manifiesta, no modifica lo expuesto. En este aspecto **es dable reiterar que el Código Civil consagra una doble clasificación de nulidades con vigencia paralela (Fallos: 313:173; 321:277); así, existen actos nulos (v.gr. arts. 1041 a 1043), cuya nulidad opera de pleno derecho, y actos anulables (v.gr. art. 1045) cuya nulidad depende de juzgamiento. Por otro lado, en función del interés comprometido, cabe distinguir a los actos viciados de nulidad absoluta (art. 1047) de los que padecen nulidad relativa (v.gr. arts. 1048 y 1058). Sin embargo, los criterios de distinción de tales grupos son independientes entre sí, por lo que puede darse el caso de un acto viciado de nulidad absoluta, como en el sub lite, sin que la necesidad de indagar sobre la existencia del vicio atenúe la sanción legal prevista ni torne prescriptible la acción** (Fallos: 190:142; 313:173; 321:277; concorde con Segovia, Lisandro, Código Civil de la República Argentina, su explicación y crítica bajo la forma de notas, Librería y Editorial "La Facultad" Juan Roldán y Cía., Nueva Edición, Buenos Aires, 1933, tomo primero, págs. 296 y 297, en particular, nota 21; Orgaz Alfredo, op. cit. págs. 51 y 52; Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil Parte General, Editorial Perrot, Buenos Aires, 5ta. edición actualizada, Tomo II, pág. 622, punto 1999). ... Se trata de una nulidad parcial ya que sólo comprende los aspectos relativos a la aprobación de tales estados contables y al traspaso a la sociedad de las obligaciones previstas en los numerales IX.3 y IX.4 del Pliego, las cuales -según se examinó- se hallaban a cargo exclusivo del Adjudicatario. - Por padecer el mismo vicio que los actos aludidos, corresponde declarar también la nulidad absoluta de la asamblea por la cual fueron aprobados los estados contables correspondientes al ejercicio finalizado al 31 de diciembre de 1994 Tal decisión constituye un deber impuesto por la ley (art. 1047, primera parte, del Código Civil) en la medida en que, cumplida la indagación respecto de la existencia del vicio en la asamblea citada en el párrafo anterior, se advierte que la de fs. 58/60 presenta de un modo manifiesto la misma causal de nulidad (art. 1047, primer párrafo, del Código Civil); dicho de otro modo, lo que era necesario investigar en aquéllas resulta superfluo en esta última. ...". JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR (en disidencia parcial)- CARLOS S. FAYT - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (en disidencia parcial)- ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ (en disidencia parcial)- GUSTAVO A. BOSSERT - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (en disidencia parcial).

Estas manifestaciones de los Ministros de la Corte podría el lector considerar que corresponden a algún caso en particular hoy muy debatido: Aerolíneas Argentinas S.A., pero no es así. Se trató también de un caso de *leveragge buy out*, donde los socios mayoritarios también intentaron –como lo lograron en Aerolíneas Argentinas S.A.- hacer que la sociedad asumiera deudas del grupo clase A. Sin duda el socio Estado Nacional podría apelar a la imprescriptibilidad para requerir la reversión de las deudas de los

socios asumidas por la sociedad. Pero en el caso no fue el socio Estado Nacional el que formalizó la demanda, sino la Provincia de Chubut que también era socia en el caso que falló la Corte. Consecuentes conclusiones las puede formalizar cada lector. Privatizada Aerolíneas Argentinas S.A. en el año 91, manteniéndose como socios el Estado Nacional y los obreros, desde el 92 transita en cesación de pagos por la maniobra de los adjudicatarios del 85% del paquete accionario, que transfirieron a la sociedad el pago del precio que ofertaron en la licitación.

VI – ALGO SOBRE EL PLAZO DE IMPUGNACIÓN. Concordando con Roitman en la obra citada, podemos apuntar plazos diferentes para la impugnación de asambleas o de sus resoluciones conforme los vicios del acto.

a. El plazo de tres meses en principio es aplicable únicamente a las resoluciones sociales nulas o anulables de nulidad relativa¹⁸.

b. En caso de nulidades absolutas será aplicable el Código Civil que establece en el art. 4019 una enumeración de las acciones sustraídas del régimen general de prescripción, en la que no se encuentra la acción de nulidad cuando esta es absoluta; empero, en virtud de lo establecido por el art. 1047 que los actos absolutamente nulos son inconfirmables, la mayoría de la doctrina ha sostenido la imprescriptibilidad de estas acciones¹⁹ -como lo hace la Corte en el fallo comentado-.

Obviamente la solución sería similar en el caso del acto inexistente, pues no se podría reclamar nada en su virtud²⁰.

18 ...CNCom, sala D, 21/12/2005, Román Ludovico Mario y otro c/ Snailer SA y otros s/ordinario, RSyC, N° 37, Nov/Dic 2005, p. 226. En función de que la acción que prevé el art. 251 de la ley 19.550 no abarca los supuestos de nulidades absolutas en que está afectado el orden público, sino solamente comprende nulidades relativas. CNCom., Sala A, 22/6/2006, Villanueva de Green, María Matilde c/ Richards, Juan Miguel y otros s/ ordinario, RSyC, N° 40, Mayo/Junio 2006, p. 228. Si no surge en forma palmaria que la acción de nulidad de la asamblea haya sido interpuesta en los términos de los arts. 1044 y 1047 del Cód. Civil, cabe interpretarse que la misma ha sido encuadrada dentro de la previsión contenida en el art. 251 de la ley 19.550 y ello no queda enervado por la promoción de denuncias ante la Inspección General de Justicia, pues la caducidad no puede verse suspendida o interrumpida en su curso (citadas por Roitman y colaboradores)..

19 RIVERA, JULIO CESAR, *Instituciones de derecho civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, tomo II, p. 120; PIZARRO, RAMÓN DANIEL, VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. III, p. 665. CNCom., Sala D, Cuffia, José M. c/ La Concordia, Cía. de seguros S.A. 13/05/1991. www.laleyonline.com.ar: El plazo de caducidad de la impugnación que prevé el art. 251 de la ley de sociedades, no es aplicable en el caso de nulidad absoluta de la decisión asamblearia, y por ende no empece la acción de nulidad con fundamento en las previsiones del Cód. Civil. CNCom., Sala B, Alvarez, Victoriano c/ Casa Eibar II S.A. s/ sumario. 29/09/2000. RSyC N° 7. Noviembre/ Diciembre 2000, p. 230: La porción del reclamo que puede considerarse excluida del ámbito del art. 251 de la ley 19.550 no persigue nulidad alguna fundada en vicios de consentimiento ni por razón de simulación o falsa causa, por lo que resulta inaplicable lo dispuesto por el art. 4030 del Código Civil, que es una disposición excepcional no aplicable fuera de los supuestos no contemplados en la misma.

c. Apunta Roitman que la prescripción es un instituto destinado a velar intereses de orden público: la seguridad jurídica, lo que ha llevado a una parte de la doctrina minoritaria, cada vez con más adeptos, a sostener la prescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, aplicando el plazo ordinario de prescripción decenal (art. 4023 CC, y art. 846 CCom.)²¹.

No nos queda claro que se justifique dejar de lado la imprescriptibilidad so pretexto de la protección a terceros, pues si la demanda se iniciara antes de los 10 años y el juicio luego durara otros diez años los terceros no verían mejorada su situación, y los violadores del sistema jurídico podrían quedar impunes en sus maniobras.

d. También cita el distinguido autor una doctrina aislada la prescripción bienal²².

VIII – CONCLUSIÓN.

Sobre el plazo para la impugnación de decisiones asamblearias sólo hemos querido generar algunas ideas e información. Las prácticas abusivas recibirán las respuestas judiciales que tiendan a restablecer la normal vida de la técnica jurídica generada para la aventura en común.

Sólo reiteramos la doctrina de la Corte en el fallo que hemos destacado: **“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. 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”**.

20 COLMO, ALFREDO, *“De la prescripción en materia comercial. Exposición y crítica del código”*, Imprenta Alsina, Buenos Aires, 1901.

21 CCiv. y Com., Rosario, Sala I, Don Manolo S.A. c/ Santa Rosa S.C.A. s/ acción de nulidad y su acumulado Don Manolo S.A. c/ Santa Rosa S.C.A. s/ nulidad de asambleas. Disolución social. 21/06/2000. RSyC N° 12. Septiembre/ Octubre 2001, p. 180: Aun cuando no se aplicase al caso la caducidad del art. 251 de la ley 19.550, resulta evidente que la acción de dolo estaba prescripta al tiempo de la interposición de la demanda, pues el nuevo estatuto, cuya nulidad se persigue, fue inscripto en el Registro Público de Comercio con más de dos años de anterioridad a la fecha de la promoción de la demanda de nulidad, habiendo transcurrido largamente el aludido plazo previsto por el art. 4030 del Código Civil.

22 CNCom, 07/03/2008, Quercia, Antonio c/ Rumbo Esperanza S.R.L. s/ Ordinario, www.eldial.com del 28/05/2008. Por consiguiente corresponde la aplicación del plazo de prescripción bienal del art. 4030 CC, ya que el acto está viciado por dolo, de manera tal que el acto no se hubiera constituido sin ese vicio; en el mismo sentido: “la acción de impugnación de la resolución asamblearia que dispuso una elevación artificiosa del capital social, escapa, en manera de prescripción, al límite temporal del art. 251 LS, siendo de aplicación al conflicto el art. 4030 CC al no haber disenso sobre la actividad de la sociedad, sino en el desapropio de la participación en la misma cometido por unos accionistas contra otros”.

Con esta visión se acercan las doctrinas que aceptan el “acto inexistente” como las que lo engloban en la “nulidad absoluta”. La primer doctrina sólo genera un margen más amplio de legitimación.

Con este criterio se podrán devolver los equilibrios, incluso en el escandaloso caso del servicio público aéreo.