

Qué hacer cuando uno o más accionistas piden que se convoque a asamblea pero el Directorio o la Sindicatura (o ambos) se oponen. Estudio sobre las instancias intrasocietarias y judiciales.

Por Miguel Eduardo Rubín. Publicado en La Ley el 21 de mayo de 2012.

1. Los legitimados para convocar a asamblea.

El Legislador ha querido que, en principio, sea el Directorio el órgano societario que convoque a las asambleas de accionistas (art. 236 LSC), aunque el Estatuto de cada sociedad puede establecer que otras personas, accionistas o no (por ejemplo, los debenturistas en la situación del art. 347 LSC, si así se hubiera convenido), cuenten con esa atribución.

El mismo art. 236 LSC determina que también el síndico (o, en su caso, la Comisión Fiscalizadora o el Consejo de Vigilancia) debe llamar a asamblea “en los casos previstos por la ley”¹.

Esos “casos previstos por la ley” pueden ser clasificados en dos subclases, según que la iniciativa provenga del propio síndico o de terceros.

En efecto, hay ocasiones en las cuales el órgano de fiscalización debe actuar autónomamente. Así ocurre:

- “Cuando -como dicen los arts. 236 primer párrafo y 294 inc. 7º LSC- lo juzgue necesario”².
- En la situación del art. 265 LSC, esto es cuando debe “... convocar a asamblea ordinaria para la remoción del director o gerente incluido en el artículo 264”³.

Se ha sostenido que en la hipótesis de los arts. 236 primer párrafo y 294 inc. 7º LSC el síndico cuenta con el derecho de llamar a asamblea, mientras que en los

¹ Sobre el particular puede verse: Martorell, Ernesto, “Los síndicos de sociedades anónimas (y el consejo de vigilancia)”, ed. Abeledo Perrot, 1991, pág. 325.

² En cambio, cuando se trata del Consejo de Vigilancia, el art. 281 “b” establece que esa atribución será ejercida “cuando estime conveniente”. El criterio de la “conveniencia” (referido al Consejo de Vigilancia) en lugar del de la “necesidad” (para la Sindicatura) tiene que ver con las mayores atribuciones (como el control de gestión) que tiene el primero en comparación con la segunda. Sobre el particular: Fargosi, Horacio P., “Anotaciones sobre el Consejo de Vigilancia en las sociedades anónimas”, L.L. 146 pág. 852; Martorell, Ernesto E., “Los síndicos de sociedades anónimas (y el Consejo de vigilancia)”, ed. Depalma, 1991, pág. 293.

³ CNCom, Sala “D”, 25/04/2011, “Inspección General de Justicia c/Calimboy S.A. s/Organismos Externos”, http://iadc.com.ar/images/Inspeccion_General.pdf.

demás supuestos estaría frente a una obligación⁴. No coincido con ese punto de vista. Que la Ley haya empleado los vocablos “cuando lo juzgue necesario” no significa que el síndico pueda convocar (o dejar de hacerlo) a su libre albedrío. Halperín demostró que las atribuciones del art. 294 LSC no son facultades o prerrogativas discrecionales, sino conductas que le son impuestas por el ordenamiento⁵. De allí que, cuando objetivamente sea necesaria la asamblea, el síndico deberá convocarla y, si no lo hace, será responsable por los perjuicios, pudiendo, incluso, ser removido⁶, cuestión sobre la que volveré más adelante.

Hay otros casos previstos por la Ley en los cuales el síndico debe convocar a asamblea (aquí no hay duda que estamos ante una obligación) que dependen de actitudes de terceros. Así ocurre:

- Cuando el Directorio, debiendo llamar a los accionistas a reunirse, no lo hace (art. 294 inc. 7º LSC). Caso típico, cuando vence el plazo del art. 234 *in fine* LSC para citar a asamblea ordinaria⁷.
- Cuando, después de investigar las denuncias que le formulen por escrito accionistas que representen no menos del 2% del Capital “..la situación investigada no reciba del Directorio el tratamiento que conceptúe adecuado” y sea “necesario actuar con urgencia” (art. 294 inc. 11 LSC)⁸.
- A instancias de los accionistas que representen por lo menos el 5%⁹ del Capital Social (art. 236 LSC)¹⁰, salvo en el ya mencionado caso del art. 265 LSC, en el cual la

⁴ Sasot Betes, Miguel A. y Sasot, Miguel P., “Sociedad Anónima. Sindicatura y Consejo de Vigilancia”, ed. Ábaco, 1986, pág. 140.

⁵ Halperín, Isaac, “Curso de Derecho Comercial”, ed. Depalma, tº II, pág. 357.

⁶ Naveira, Gustavo A. y Truffat, E. Daniel, “El síndico en el anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades”, E.D. 208-798.

⁷ CNCom, Sala “F”, 27/05/2010, “Sturla, Silvia Emma c/Onganía y Giménez S.A. y otros s/Medida precautoria”, MJJ58841.

⁸ Nedel, Oscar, “Síndico societario. Responsabilidad”, www.laleyonline.com.ar.

⁹ En Uruguay se requiere el 20% (Rodríguez Olivera, Nuri y López Rodríguez, Carlos, “Funcionamiento de las asambleas”, <http://www.derechocomercial.edu.uy>). En cambio en Ecuador, en tanto la asamblea no haya sido convocada por los administradores “dentro del plazo legal”, puede ser reclamada por todo accionista, cualquiera que sea el número y la naturaleza (con voto o sin voto) de las acciones que posea (Ortiz Herbener, Andrés, “De la convocatoria a junta general de socios o accionistas por parte de los comisarios o consejos de vigilancia: una visión a la legislación actual y también a la que se propone en el nuevo proyecto de ley de compañías nº 23-821”, www.abogadosecuador.com).

En nuestro país son partidarios de eliminar de *lege ferenda* el mínimo del 5% de Capital: Nissen, Ricardo A., ponencia presentada en VIº Congreso Argentino de Derecho Societario y IIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, y publicada en “Derecho Societario Argentino e Iberoamericano”, tº I, Libro de Ponencias, ed. Ad-hoc, 1995; y Juárez, María L., “¿Es factible la flexibilización de la convocatoria a asamblea en las sociedades anónimas cerradas?”, J.A. 1997-IV-748.

¹⁰ “... si los estatutos no fijaran una representación menor” prescribe la misma norma.

petición la puede efectuar cualquier accionista sin importar la cantidad de acciones que posea¹¹.

....

El aludido art. 236 LSC, como acabamos de ver, habilita a los accionistas a impulsar la citación a asamblea en tanto y en cuanto se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que la petición sea efectuada por titulares de acciones representativas, por lo menos, del 5% del Capital Social¹².
2. Que se expliciten los puntos del orden del día a tratar.

Pueden cursar la solicitud al Directorio, al síndico o a ambos¹³.

2.- Breves elucubraciones sobre la asamblea “autoconvocada”.

Permítame el lector un paréntesis sobre las denominadas asambleas “autoconvocadas”, tema que ha generado una interesante discusión en la Doctrina, prácticamente desde que se sancionó la ley 19550¹⁴.

En realidad, hay dos situaciones bien diversas: una, la asamblea (regularmente convocada y constituida) que resuelve llamar a una nueva asamblea, fijando día,

¹¹ SCJ Mendoza, Sala 1ª, 16/05/2007, “Tejada, Ángel Alejandro en Jº 164.864/29.857 “Tejada, Ángel Alejandro c/Cortizo, José Alberto p/Cuestión derivada de la ley de sociedades s/Inc.”, MJJ12523, donde, entre otros aportes doctrinarios sobre este tema, se cita a Nissen, Ricardo A., “La acción judicial de remoción de los directores de las sociedades anónimas”, rev. DyE nº 3, 1995, pág. 103, y Fiorani, Carlos A., “La acción de remoción de directores y el agotamiento de las vías societarias como requisito o no para su promoción”, DS nº 122, enero 1998, pág. 677.

¹² Quedan excluidas del cómputo:

- Las acciones respecto de las cuales los accionistas se encuentren en mora en la integración (art. 192 LSC) (Vítolo, Daniel R., “Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada (Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía)”, ed. Rubinzal-Culzoni, 2007, tº I pág. 122) y

- Las acciones preferidas sin derecho a voto (salvo en el supuesto del art. 244 LSC) (art. 217 LSC) (Alegría, Héctor, “¿El titular de acciones preferidas sin derecho a voto y rescatables, es accionista?”, L.L. 1981-D, pág. 824).

Sin embargo, hay quienes piensan que las acciones preferidas sin derecho a voto deben ser incluidas (Zaldívar, Enrique, Manóvil, Rafael M., Ragazzi, Guillermo E. y Rovira, Alfredo L., “Cuadernos de Derecho Societario”, ed. Macchi, 1973, tº I, pág. 418).

¹³ Vítolo, Daniel Roque, “Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada (Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía)”, ed. Rubinzal Culzoni, tº IV, pág. 52; Zamenfeld, Víctor, “La convocatoria judicial (o administrativa) a asamblea”, L.L. 2004-E, pág. 1094.

¹⁴ Véase, de aquella primera época: Vergara del Carril, Ángel Daniel, “Dos innovaciones prácticas en el Derecho Societario”, rev. Derecho Empresario, 1976, tº III-B, pág. 894.

hora, lugar y temario; y la otra, la asamblea unánime (en la que se encuentran presentes todos los socios y todos votan en el mismo sentido: art. 237 *in fine* LSC) que se celebra sin que la haya convocado ninguno de los sujetos expresamente previstos por el art. 236 LSC.

En cuanto a la primera hipótesis, si bien el art. 236 LSC establece un elenco de autorizados a convocar a asamblea entre quienes no se encuentra la propia asamblea, no es menos cierto que es perfectamente posible:

- Que, por excepción, los socios deliberen y decidan en una asamblea sobre temas que no formaban parte del orden del día (art. 246 LSC).
- Que la asamblea pase a cuarto intermedio por decisión de la mayoría de los socios presentes sin necesidad de una nueva convocatoria del Directorio o del síndico (art. 247 LSC).

De manera que si los socios pueden adoptar esas decisiones sin que medie iniciativa del Directorio o de la Sindicatura, parece igualmente factible que esos accionistas, cuando están en la segunda sesión (lo que impide que se resuelva un nuevo cuarto intermedio, según el mismo art. 247 LSC), acuerden llamar a otra asamblea para seguir tratando alguna cuestión pendiente¹⁵. No veo obstáculo legal para que así se proceda, por cierto, en tanto y en cuanto se efectúen las (nuevas) publicaciones del art. 237 LSC y se observen las demás exigencias que hacen a la regularidad del acto¹⁶.

....

El caso de la asamblea unánime que nunca fue convocada por el Directorio ni por el síndico (o sus sucedáneos) nos pone frente a otro problema. El art. 237 LSC permite que la asamblea unánime tenga lugar “sin publicación de la convocatoria”. Empero, que no se publique no quiere decir que no deba existir esa convocatoria¹⁷, sobre todo por que el art. 236 LSC dice que “las asambleas **serán convocadas** por el Directorio o el síndico...”, no estando prevista una excepción a esa regla para el caso de las unánimes¹⁸.

¹⁵ En este último supuesto, a diferencia de lo que ocurre en la segunda reunión prevista por el mencionado art. 247 LSC, podrán participar todos los accionistas que cumplan en tiempo y forma con el débito del art. 238 LSC, hayan intervenido o no en la asamblea previa.

¹⁶ En sentido similar: Zaldívar, Enrique, Manóvil, Rafael M., Ragazzi, Guillermo E. y Rovira, Alfredo L., “Cuadernos de Derecho Societario”, ed. Macchi, 1973, tº I, pág. 419.

¹⁷ Domitrovich, Daniel, Marcos, Guillermo A. y Esandi, Luis M. (h), “¿Puede convocarse una asamblea?”, Libro de ponencias del VIIIº Congreso Argentino de Derecho Societario y IVº Congreso Iberoamericano del Derecho Societario y de la Empresa, tº II, pág. 179.

¹⁸ Villegas, Carlos G., “Sociedades comerciales”, ed. Rubinzal-Culzoni, 1997, tº II pág. 303.

De allí que Halperín (con la autoridad que le daba el hecho de haber sido uno de los integrantes de la comisión redactora de la ley) sostuviera que la asamblea no puede autoconvocarse¹⁹; criterio que también fue el de la Resolución IGJ n° 1461/2003²⁰.

La Jurisprudencia exhibe expresiones opuestas. Repasando precedentes de los tribunales capitalinos encontramos casos en los cuales se consideró improcedente la “autoconvocatoria”²¹ y otros en los cuales se le ha reconocido validez legal²².

La Doctrina también se encuentra dividida en múltiples opiniones²³.

Por mi parte coincido con Curá en que objetar la legitimidad de una asamblea unánime sólo porque el Directorio no la convocó es, por lo menos, excesivo²⁴, no advirtiéndose cual sería el interés jurídico que quedaría salvaguardado si se anulan las decisiones de los socios adoptadas bajo tales condiciones.

3.- Que tiene que hacer el accionista para solicitar la convocatoria a asamblea.

Simplemente presentar una nota con los puntos del orden del día propuestos y una breve explicación acerca de su condición de titular de acciones que equivalgan, por lo menos, al 5% del Capital Social²⁵.

¹⁹ Halperín, Isaac, “Sociedades Anónimas”, ed. Depalma, 1974, pág. 567.

²⁰ Resolución IGJ n° 1461, 17/11/2003, en el expediente “Don Crescencio S.A.”.

²¹ CNCom, Sala “C”, 24/05/2011, “Inspección General de Justicia c/Axya Argentina S.R.L. s/Denuncia”, www.diarioelaccionista.com.ar.

²² CNCom, Sala “D”, 16/08/2007, “Cernadas, Julio Argentino c/HSBC Bank Argentina S.A.”, eol3.errepar.com. Sobre el particular: Curá, José María, “Asamblea de accionistas y su modo de convocatoria (marcha atrás en la doctrina Don Crescencio)”, en DSC, n° 238, septiembre 2007, pág. 938.

²³ Boquín, Gabriela Fernanda y Blanco, Adriana Beatriz, “Eficacia de la asamblea unánime autoconvocada”, ponencia presentada ante el XLº Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

Las referidas autoras distinguen tres posturas de la Doctrina en esta materia:

a) **Postura restrictiva:** Aquellos que sostienen que la asamblea no puede ser autoconvocada, sostenida por Halperín y Fargosi.

b) **Postura intermedia:** sostenida por Verón, quien las admite para las sociedades cerradas y de familia, y Sasot, quien también las acepta, pero sólo para casos excepcionales y situaciones anormales.

c) **Postura amplia:** que admite su validez frente a la ausencia de decisión del Directorio que convoque, seguida por Nissen, Mascheroni, Cámara, Perrota, Zamenfeld, entre otros.

Las citadas autoras consideran que la asamblea unánime puede ser autoconvocada siempre que los síndicos o directores no accionistas estén presentes en la reunión que la decida.

²⁴ Curá, José María, “Sobre la asamblea de accionistas y su autoconvocatoria (Algunos aspectos prácticos de la cuestión frente al criterio del organismo de control local)”, rev. Abogados, n° 102, setiembre de 2011, www.revista.cpacf.org.ar. En similar orientación: Monsegur, Rafael, “La regularidad de las asambleas autoconvocadas”, L.L. 2006-B, pág. 79.

²⁵ CNCom, Sala “B”, 05/04/2006, “Baldasari, Leonardo y otros c/Industria Publicitaria Ital Art S.A. s/Diligencia preliminar”, REDS, www.societario.com.

El Directorio (o el síndico) debe emitir una constancia de recibo. Alternativamente el accionista puede recurrir a la comunicación por carta-documento o a la notificación notarial.

De *lege ferenda* se ha propuesto que la petición debiera ser fundada²⁶, fundamentación que únicamente tendría sentido si el Directorio (o el síndico) pudiera discutir la procedencia de la convocatoria, cuestión que analizaremos seguidamente.

4.- Actitudes que puede adoptar el Directorio o el síndico ante un pedido de convocatoria a asamblea y sus consecuencias legales.

Ante el pedido de uno o más accionistas de que se convoque a asamblea en los términos del art. 236 LSC el Directorio (o, en su caso, el síndico o el Consejo de Vigilancia) pueden adoptar distintos comportamientos.

Pueden convocar a asamblea tal y como lo solicitan los accionistas, respetando las normas de la Ley de Sociedades y el Estatuto. Esta alternativa, en principio, no genera conflicto, por lo que no tiene sentido que nos detengamos a analizarla.

Veamos, entonces, algunas de las situaciones que se dan cuando el Directorio o el síndico objetan, rechazan o difieren el pedido de convocatoria.

....

¿Qué ocurre si el Directorio no se reúne para tratar el pedido de convocatoria a asamblea de uno o más accionistas? En tal caso, cuando el órgano de administración está integrado por más de un miembro, cualquier director puede convocar al cónclave (art. 267 LSC). Si aún así el Directorio no se reúne, queda la opción (no obligatoria) de reclamar al síndico la citación a asamblea (art. 294, incs. 7, 9 y 11 LSC).

Fracasada esas gestiones no habrá otra solución que acudir a la Justicia.

....

El art. 236 LSC no prevé ninguna causal que justifique prolongar el plazo que tiene el Directorio o el síndico para convocar asamblea; plazo que es lo suficientemente amplio como para que, en su transcurso, se colecte la información necesaria, se estudie la cuestión y se adopte una decisión.

²⁶ Zamenfeld, Víctor, "La convocatoria judicial (o administrativa) a asamblea", L.L. 2004-E, pág. 1090.

Así, en un caso, se rechazó *in limine* una acción meramente declarativa promovida por el síndico de una sociedad para determinar el alcance de sus obligaciones legales en la especie²⁷, artilugio que se había empleado con evidentes fines dilatorios.

....

El Directorio (o el síndico) requerido ¿tiene atribuciones como para exigirles a los accionistas que empleen una forma determinada para impulsar el pedido de convocatoria a asamblea? ¿Puede, por ejemplo, pretender que las firmas de los solicitantes sean ratificadas ante el Directorio o que vengan con certificación notarial, bajo apercibimiento de no tomarlas en cuenta? La respuesta debe ser negativa²⁸. No le está permitido al exhortado subordinar el cumplimiento de su obligación al acatamiento de ninguna exigencia adicional²⁹.

Es que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda (art. 19 CN)³⁰, y trasladando este principio constitucional al tema en estudio se aprecia que, cuando la Ley Societaria pretende que las firmas sean validadas de algún modo, lo dice expresamente. Tales los casos de los arts. 170 inc. 5º y 239 LSC. En cambio, para otros supuestos, basta con que el socio firme un instrumento privado (como ocurre, por ejemplo, con la comunicación prevista por el art. 238 2º párrafo LSC), por lo que nada ni nadie puede obligarlo a llenar una formalidad suplementaria. Y como en el caso del pedido de convocatoria a asamblea el art. 236 LSC no establece ninguna formalidad, el intimado (sea el Directorio o el órgano de fiscalización) de ninguna manera puede poner como condición que la solicitud de los accionistas cumpla una exigencia no prevista por el ordenamiento societario.

....

El Estatuto ¿puede establecer una metodología para la petición de asamblea? El art. 11 LSC, en su inc. 8º, dispone que deben formar parte del Estatuto “Las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones

²⁷ CNCom, Sala “C”, 29/12/2003, “Paz, Julián c/Instituto Argentino de Diagnostico y Tratamiento S.A. s/Sumarísimo”, <http://ar.vlex.com/>

²⁸ En contra: Favier Dubois, Eduardo M. (pater) y Favier Dubois, Eduardo M. (h) (“La convocatoria a asamblea de sociedad anónima a pedido de un socio”, DSE nº 274, tº XXII, septiembre 2010, pág. 977) sostienen que la solicitud “debe dirigirse a la sociedad, al directorio o al presidente, y siempre presentarse con firma certificada o remitirse por carta documento a la sede social”. Sin embargo, no explican el fundamento jurídico de tal tesis.

²⁹ CNCom, Sala “A”, 05/07/2007, “Carballo de Quentín, Claudia v. Farmacity S.A.”, Abeledo Perrot Nº 11/44468.

³⁰ CNCom, Sala “B”, 26/04/2005, “Guevara Lynch, Matías R.”, Abeledo Perrot Nº 35001693.

de los socios entre sí y respecto de terceros”, y en el inc. 9º incluye a “Las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad”.

Un grupo de autores, con sólidos argumentos, considera que, a partir de esas normas, la autonomía de la voluntad cuenta con un amplio espacio a la hora de redactar el Estatuto social; claro está, con dos limitaciones: una, que no se afecten los derechos de los socios o de los terceros (arts. 1195, 1197 y 1198 CCiv), y que no se viole la tipicidad societaria (art. 17 LSC)³¹.

Por ende, con tales fronteras jurídicas, se puede reglamentar el derecho de pedir la asamblea a los órganos sociales, en la medida que, como en cualquier otro ámbito, ello no importe impedir u obstaculizar su ejercicio³².

....

¿Puede el Directorio negarse a convocar la aduciendo que las cuestiones que se pretenden someter a la decisión de la asamblea son contrarias a las normas del Estatuto, de la Ley o al interés social³³?

Hemos visto que el art. 236 LSC establece un principio imperativo: ante una petición que cumpla los recaudos formales que esa norma determina el Directorio lisa y llanamente debe convocar a asamblea para que se celebre en el plazo máximo de cuarenta días de recibida la solicitud³⁴. El referido dispositivo legal no tiene excepciones ni condicionantes.

Y, si como bien se ha sostenido, lo primero que tiene que hacer un administrador societario es ajustar su conducta y la actuación de la sociedad a la Ley, al Estatuto y al Reglamento (si existe)³⁵, todo parece indicar que, ante el pedido de los accionistas

³¹ Richard, Efraín H., "Libertad asociativa y autonomía estatutaria", en Xº Congreso Argentino de Derecho Societario, Fespresa, 2007, tº I, pág. 327; Fridman, Susana A., "La autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato social", pág. 253; Ton, Walter R., "El nuevo régimen societario argentino debe permitir la libertad asociativa respetando la autonomía de la voluntad", ponencia en Xº Congreso Argentino de Derecho Societario, Fespresa, 2007, tº I, pág. 341, citados por Favier Dubois, Eduardo M. (h.), en "Validación de la cláusula estatutaria de expulsión del accionista perturbador. Un fallo esclarecedor en el camino de las buenas prácticas hacia la solución de los conflictos societarios", MJD5284.

³² Giovachini, Juan, "Designación de directores de sociedades anónimas", rev. Argentina de Derecho Empresario, IJ-XLIII-677.

³³ Este conflicto también se da en España: Ávila Jarrín, F. J., "Convocatoria judicial de la junta general en S.A. y S.L.", Barcelona, 2004.

³⁴ CNCom, Sala "E", 30/08/2010, "Rodríguez, Maximiliano Antonio c/Bellisona S.A.", MJJ58812.

³⁵ Zaldívar, Enrique, Manóvil, Rafael M., Ragazzi, Guillermo E. y Rovira, Alfredo L., "Cuadernos de Derecho Societario", ed. Macchi, 1973, tº I, pág. 304.

ex art. 236 LSC, no tendrá más remedio que convocar a asamblea, y así lo entienden algunos autores³⁶.

En función de tales pautas legales tampoco le está permitido al órgano convocante modificar el texto de los puntos del orden del día o aceptar algunos y rechazar otros por considerarlos improcedentes.

Sin embargo, Zamenfeld entiende que el Directorio tiene la atribución de reformular el temario “en tutela del interés social o simplemente para evitar un daño”. Estima que así ocurriría si se plantease un tema en términos que, por su sola inclusión en los edictos de convocatoria, pudieran agraviar o generar reclamos de terceros³⁷.

Considero que hay que distinguir dos situaciones:

- a. Cuando el punto del orden del día propone que la sociedad realice una actividad ilícita, por ejemplo, que encare negocios de intermediación entre la oferta y la demanda de dinero no siendo una entidad financiera legalmente reconocida.
- b. Cuando, como imaginó Zamenfeld, el mero hecho de la publicación edictal pudiera agraviar o generar reclamos de terceros.

En el primer caso entiendo que la legalidad de las materias sometidas a consideración de los accionistas, en todo caso, debe ser discutida en el seno de la asamblea³⁸. Y, en el peor de los mundos, si en la reunión de socios se resuelve algo que desborda la legalidad, estarán las vías judiciales para ponerles coto; remedio judicial que también está en manos de los directores (art. 251 LSC)³⁹.

Respecto del segundo supuesto parece razonable la propuesta de Zamenfeld: el Directorio, sin alterar la esencia del punto, podrá modificar su redacción sin dejar de convocar a asamblea. Así por ejemplo, si el punto del orden del día dijera, por ejemplo, “Promoción de acción de responsabilidad contra por su actividad delictual” o “Restitución del dinero sustraído por el director”, debiera eliminar las referencias a los supuestos delitos, sobre todo si no ha mediado una sentencia condenatoria.

....

³⁶ Entre otros: Llugdar, María Graciela, “Convocatoria judicial a asamblea”, ponencia presentada en el IXº Congreso Argentino de Derecho Societario”, ed. Universidad Nacional de Tucumán, 2004, tº IV, pág. 341.

³⁷ Zamenfeld, Víctor, “La convocatoria judicial (o administrativa) a asamblea”, L.L. 2004-E, pág. 1095.

³⁸ CNCom, Sala “A”, 05/07/2007, “Carballo de Quintín, Claudia Leonor c/Farmacity S.A.”, MJJ12691.

³⁹ Lavia, Laura N. y Miguel, Jorge, “Legitimación activa impugnatoria de los directores”, E.D. 175-127.

Zamenfeld aprecia que, también en otras circunstancias, el Directorio (o el síndico, si este fuera el intimado) podría desestimar la solicitud de convocatoria de los accionistas⁴⁰. Así ocurriría, por ejemplo, si se pretendiera llamar a asamblea para tratar un tema que ya fue abordado en una reunión de socios anterior⁴¹, cuando se busca deliberar sobre temas que son de la exclusiva competencia del Directorio⁴², y en los supuestos de abuso de jurisdicción, tema al que me habré de referir a continuación.

Podemos agregar otras hipótesis: que uno o más accionistas belicosos, aprovechando su condición de titulares del 5% (o más) del Capital Social, presenten decenas (o centenares) de solicitudes de convocatoria a asamblea procurando que los socios se reúnan para abordar los temas más disparatados.

¿Es que el derecho que consagra el art. 236 LSC no tiene ninguna barrera⁴³?

En algunos de estos lances se vislumbra el problema de lo que la Jurisprudencia ha dado en llamar “el temido abuso de las minorías”⁴⁴, bastante frecuente en nuestras tierras⁴⁵, tema al que he dedicado una monografía⁴⁶. El ejercicio desmesurado de estas atribuciones legales, en general, son el prolegómeno de una batalla judicial⁴⁷, pues lo que se busca frecuentemente en esas situaciones es hacer prevalecer las apetencias de algunos accionistas por obtener de la sociedad o de sus consocios lo que no les corresponde, estrategia que ha detectado la Doctrina en múltiples expresiones⁴⁸.

⁴⁰ Zamenfeld, Víctor, “La convocatoria judicial (o administrativa) a asamblea”, L.L. 2004-E, pág. 1094.

⁴¹ El autor incluye el caso en el cual se procura volver a tratar un tema ya decidido por la asamblea cuando ha vencido el plazo del art. 251 LSC para impugnarla de nulidad, como un modo de recuperar la acción judicial que, en función de esa norma legal, ya se ha extinguido. A mi juicio, las dos situaciones forman parte del mismo género.

⁴² El autor glosado aduce que ello sería así por ser indelegables las atribuciones conferidas a los órganos societarios. Empero, a mi modo de ver, la indelegabilidad de las funciones de los directores que consagra el art. 266 LSC se refiere a la imposibilidad de transferir sus responsabilidades a mandatarios u otros terceros. Ello no significa que el Directorio cuente con atribuciones que no puedan ser cumplidas por la asamblea, que es soberana (CNCom, Sala “C”, 03/10/2000, “Santesteban, Jorge Luis c. Víctor Santesteban y Cía. S.A.”, EDJ5024), a punto tal que es la que designa a los directores (arts. 255 y concordantes LSC), establece la política que deben observar (art. 233 LSC), fija su remuneración (art. 261 LSC) y los remueve (arts. 265 LSC).

⁴³ Para no pocas sociedades los costos de las publicaciones prescriptas por el art. 237 LSC pueden llegar a poner en aprietos a sus finanzas (Molinari, Ignacio y Ricci, Armando F., “Sobre algunas formalidades en el Derecho Societario”, E.D. 224-314, comentando el fallo “CNCom, Sala “E”, 16/08/2007, “Comisión Nacional de Valores c. Banco General de Negocios S.A.”).

⁴⁴ SCBA, 20/09/2000, “Maglione de Delvecchio, Nelba M. v. Chuit y Maglione S.A.”, Abeledo Perrot Documento N° 1.63683.

⁴⁵ Alegría, Héctor, “El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas”, RDPC, Separata N° 16; Bermúdez, Jorge Luis, “Abuso de las minorías: hacia una protección jurídica de la sociedad”, Derecho y Empresa, Primer Congreso Nacional Derecho y Empresa, ed. D&D, Diciembre 2004.

⁴⁶ Rubín, Miguel Eduardo, “Algunas modalidades de abuso de la minoría en materia de nulidad de asamblea societaria (y como ponerles remedio)”, E.D. 233-1021.

⁴⁷ Roca, Eduardo, “Paquetes o líos”, en “Derecho Comercial. Notas, fallos y doctrina”, EDUCA, t. I pág. 77.

⁴⁸ Polo, Eduardo, “Abuso o Tiranía: Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la Sociedad Anónima”, en “Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez”, tº II pág.

Sin embargo, ningún derecho puede ser ejercido abusivamente (art. 1071 CCiv)⁴⁹; y, en materia societaria, el instituto del abuso ha sido estudiado sobre todo en relación al derecho del socio a acceder a la información de su compañía⁵⁰, entre otros temas⁵¹.

De manera que si los pedidos de convocatoria a asamblea se dieran en un contexto de abuso⁵², el Directorio, si los rechaza, obraría con la lealtad y la diligencia del art. 59 LSC⁵³. Si tal resolución del Directorio fuera ilegítima (es decir, un pretexto para no cumplir con su deber de convocar), los afectados podrán acudir al tribunal por medio de la acción prevista por el mismo art. 236 LSC.

....

Se ha sugerido que el Directorio tiene la atribución de llamar a asamblea agregando otros temas al orden del día propuesto por los accionistas⁵⁴. No veo que ello esté prohibido por la Ley.

Molina Sandoval piensa que esta facultad debiera ser ejercida con especial celo y cuidado de no distorsionar el orden del día de manera tendenciosa, para no obstaculizar el tratamiento de los puntos propuestos por los accionistas⁵⁵.

Sin embargo considero que, aun cuando la adición de temas pudiera tener por objeto desnaturalizar la finalidad de la convocatoria o enmarañar la asamblea, tales propósitos podrían ser neutralizados por los accionistas, por ejemplo, por medio de las denominadas mociones de orden⁵⁶.

2270; Cabanellas, Guillermo, "El interés societario y su aplicación", RDCO, año 25, 1992, pág. 578; Corral, Gustavo V., "El conflicto de intereses en la sociedad", L.L., 1997-B, pág. 370; Anaya, Jaime, "Consistencia del interés social", en "Anomalías societarias", obra en homenaje a Héctor Cámara, ed. Advocatus, 1996, pág. 227.

⁴⁹ Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., "El abuso del derecho". "Estudio de Derecho Comparado", L.L. 1990-B, pág. 1101; Borda, Guillermo A., "Abuso del derecho", E.D. 29-723.

⁵⁰ Anaya, Jaime L., "El derecho de información del accionista y sus límites", E.D. 132-367; Escuti, Ignacio A., "Derecho de información del accionista", RDCO 1987, pág. 551.

⁵¹ Marzorati, Osvaldo, "El abuso del derecho y el ejercicio del voto acumulativo", L.L. 1990-C pág. 357.

⁵² Molina Sandoval, Carlos A., "El orden del día en las asambleas de accionistas", 05/05/2010, www.lexisnexus.com.ar.

⁵³ Cabanellas, Guillermo, "El interés societario y su aplicación", RDCO 1992, tº 25, pág. 277; Rovira, Alfredo L., "Responsabilidad del Directorio por la gestión empresarial", L.L. 2005-E pág. 1127; Rodríguez, Vanesa Claudia, "Pautas de la administración societaria. El rol de la buena fe, la lealtad y la debida diligencia", E.D. 216-931; Moro, Emilio F., "Olvidando a Demogue (¿Quién dijo que son siempre "de medios" las obligaciones de los administradores societarios?)", E.D. 225-913.

⁵⁴ Favier Dubois, Eduardo M. (pater) y Favier Dubois, Eduardo M. (h), "La convocatoria a asamblea de sociedad anónima a pedido de un socio", DSE nº 274, tº XXII, septiembre 2010, pág. 977.

⁵⁵ Molina Sandoval, Carlos A., "El orden del día en las asambleas de accionistas", <http://www.lexisnexus.com.ar>

⁵⁶ Marcos, Guillermo A., "La mociones de orden en el acto asambleario", DSE 2007-XIX, pág. 31, nº 230; Molina Sandoval, Carlos A., "El orden del día en las asambleas de accionistas", Abeledo Perrot Nº 0003/014948.

....

¿Puede el Directorio convocar a asamblea tal como le fue reclamado por los accionistas pero, inmediatamente después, acudir al tribunal para demandar la suspensión cautelar la asamblea para que esta no se lleve a cabo?

Veamos. Es cierto que el art. 251 LSC legitima a los directores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia⁵⁷ a demandar la nulidad de la “resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento” y que el art. 252 LSC también los habilita para acudir a la Justicia para solicitar la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada.

Sin embargo, ninguna de las dos normas abre la vía cautelar antes de que los socios se reúnan en asamblea y decidan. Adviértase que la primera de esas normas se refiere a la “resolución de la asamblea adoptada” y la segunda a “la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada”⁵⁸.

En cambio, después de llevada a cabo la asamblea, la Jurisprudencia consideró admisible la suspensión cautelar de la decisión de los socios porque el orden del día exhibía defectos en las precisiones mínimas exigibles⁵⁹.

5.- Sanciones a directores o síndicos por no convocar a asamblea cuando debieran hacerlo.

Los directores o los síndicos que no cumplan adecuadamente el débito regulado por el art. 236 LSC evidentemente incurren en mal desempeño del cargo⁶⁰.

Sin embargo, la Doctrina sostiene que la responsabilidad por mal desempeño por la violación de la Ley, el Estatuto o el Reglamento del art. 274 LSC requiere, además del dolo, el abuso de facultades o la culpa grave, la existencia de un daño⁶¹, aunque

⁵⁷ Se entiende que ese derecho le compete a cada uno de los integrantes de esos órganos.

⁵⁸ No obstante se ha sostenido (bien que sin respaldo en ninguna norma jurídica) que “una petición autosatisfactiva efectuada al tribunal acreditando fehacientemente que no se cumplió con lo que dispone la ley (el autor se refiere a una asamblea que fue convocada con defectos de publicación) y pidiendo que se resuelva la no realización de la asamblea resulta más simple y no hace necesario promover un proceso nulificador que va a resultar insustancial cuando la asamblea se efectúe debidamente convocada” (Silberstein, Ricardo I., “Algunas aplicaciones de las medidas autosatisfactivas en el Derecho Societario argentino”, J.A. 1998-III-713).

⁵⁹ CNCom, Sala “E”, 10/05/2010, “Regueira, Adela Carmen c/Antonio Regueira S.A. s/Ordinario s/Inc. de apelación art. 250 CProc”, MJJ57528.

⁶⁰ CNCom, Sala “B”, 06/11/1996, “Jinkus, Gabriel A. c. Video Producciones Internacionales S.A. y otros”, EDJ8794.

⁶¹ Fargosi, Horacio Pedro, “Esquicio sobre la responsabilidad de los directores”, L.L. 2001-D pág. 336; Rivera, Julio C., “Responsabilidad de los administradores sociales (Necesidad de repensar sus alcances)”, J.A. 80º Aniversario, 1998, pág. 389; Molina Sandoval, Carlos A., “Responsabilidad de los

este concepto tiene sus tonalidades⁶². Y, seamos francos, mensurar en términos de daños jurídicamente relevantes la conducta de los directores que resisten, rechazan o difieren el llamado a asamblea usualmente no es tarea sencilla.

De allí que la amenaza de la acción de daños, en ocasiones, no parece suficiente.

Independientemente de la acción de daños, en la mayoría de los casos, una actitud de ese tipo justifica la remoción con causa⁶³⁶⁴.

6.- La convocatoria judicial⁶⁵.

La norma del art. 236 LCQ permite que, cuando el Directorio o el síndico no convocan a asamblea a pesar de haber sido correctamente solicitada por uno o más accionistas con la cantidad de acciones suficientes, se puede recurrir a la autoridad de contralor o a los tribunales judiciales⁶⁶.

El propósito de la ley ha sido prestar apoyo judicial al derecho del accionista a reunirse en asamblea, cuando ese derecho haya sido vulnerado o desconocido por los administradores⁶⁷.

6.1.- Procedimiento.

Ni bien se sancionó la ley 19550 hubo alguna confusión sobre el trámite que debía darse al procedimiento de la convocatoria judicial a asamblea, sobre todo por

directores en la sociedad anónima: supuestos y excepciones", J.A. 2004-III-1058; Martorell, Ernesto E., "Sociedades anónimas", ed. Depalma, 1988, pág. 97.

⁶² Naveira, Gustavo A., "¿Deslealtad sin daño?", E.D. 170-22, comentando el fallo CNCom, Sala "A", 13/10/1995, "Comisión Nacional de Valores. Asunto "Acindar S.A. s/Análisis estados contables".

⁶³ Gregorini Clusellas, Eduardo L., "Remoción de directores y síndicos por omisión de balances y convocatoria de asambleas", L.L. 1997-D pág. 481.

⁶⁴ Vale aclarar que, a partir de lo dispuesto por el art. 256 LSC, la Doctrina entiende que la remoción *ad nutum* de los directores es una atribución de la asamblea general que deriva de la ley y que puede ejercerse en cualquier momento (Roitman, Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada", ed. La Ley, 2006, tº IV, pág. 346; Nissen, Ricardo A., "La acción judicial de remoción de los directores de las sociedades anónimas", rev. DyE, nº 3, 1995, pág. 103; Fiorani, Carlos A., "La acción de remoción de directores y el agotamiento de las vías societarias como requisito o no para su promoción", en DS, nº 122, enero de 1998, pág. 677).

En cambio la remoción con causa puede ser decidida tanto por la asamblea como reclamarse judicialmente (Zaldívar, Enrique, Manóvil, Rafael M., Ragazzi, Guillermo E. y Rovira, Alfredo L., "Cuadernos de Derecho Societario", tº II, parte 2ª, ed. Abeledo Perrot, 1976, pág. 490; Otaegui, Julio, "Administración societaria", ed. Ábaco, 1979, pág. 256).

Se ha sostenido que, en principio, el removido no puede ser elegido nuevamente para el cargo (Martorell, Ernesto E., "Los directores de sociedades anónimas", 1990, ed. Depalma, pág. 238) pero me parece una opinión discutible en tanto el director removido no cargue con una inhabilitación legal vigente.

⁶⁵ Por motivos de espacio, y también por que no son tan frecuentes los supuestos en los cuales se plantea, no analizaré en este artículo el tema del procedimiento de convocatoria a asamblea por medio del organismo de control.

⁶⁶ CNCom, Sala "C", 30/04/2008, "Dialeva, Húlio Cesáreo c/Moroquen S.A.", MJJ38300.

⁶⁷ CNCom, Sala "A", 05/07/2007, "Carballo de Quintín, Claudia Leonor c/Farmacy S.A.", MJJ12691.

que el art. 15 establece que, “cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de acción judicial esta se sustanciará por procedimiento sumario salvo que se indique otro”. Por lo tanto, como el art. 236 LSC no estatuye ningún otro procedimiento, había que inferir que el juicio sumario era el adecuado.

Desde un comienzo se advirtió que eso no podía ser así; y, sobre todo, que sustanciar el pedido de convocatoria (tanto más si se permitían las excepciones y otros planteos procesales, las pruebas y los recursos) haría que el trámite se transforme en un calvario burocrático que iría en contra de la esencia del instituto que sólo tiene sentido si esto se resuelve en el corto plazo.

Sin embargo, entre los primeros comentaristas de esa norma, hubo quien pensó que, de todos modos, la sociedad debía participar en el proceso⁶⁸.

Casi treinta años después Zamenfeld afirmó que el proceso de convocatoria judicial a asamblea, en todos los casos, debe tramitar como juicio sumarísimo, y, por lo tanto, siempre hay que darle intervención a la sociedad (pudiendo incluso admitirse pruebas), procedimiento que debe concluir con una sentencia; sentencia que, incluso, podría ser apelada. Sólo cuando tal decisión alcanzara firmeza se llamaría a asamblea⁶⁹.

En la vereda opuesta, casi toda la Doctrina y la Jurisprudencia se muestra partidaria de que el juez, en un primer momento, esto es, mientras determina si se han reunidos los recaudos del art. 236 LSC y decide si llamará a asamblea o no, pueda actuar sin interferencia de la sociedad, de sus órganos, de los otros socios o de terceros⁷⁰.

En numerosos fallos se estableció que, por las razones que acabo de enunciar, este es un procedimiento voluntario⁷¹, criterio que ha hecho suya buena parte de la Doctrina⁷². Por lo tanto, esta clase de actuaciones debiera tramitar inaudita parte⁷³, resultando improcedente dar traslado a la sociedad⁷⁴.

⁶⁸ Farina, Juan M., “Tratado de Sociedades Comerciales”, ed. Zeuz, t. II-B pág. 170.

⁶⁹ Zamenfeld, Víctor, “La convocatoria judicial (o administrativa) a asamblea”, L.L. 2004-E, pág. 1093.

⁷⁰ Molina Sandoval, Carlos A., “Convergencias entre la convocatoria judicial asamblearia y las medidas procesales”, E.D. 215-381.

⁷¹ CNCom, Sala “D”, 24/10/2011, “Inspección General de Justicia c/Establecimiento El Tropero S.A. s/Organismos externos”, MJJ70362.

⁷² Molina Sandoval, Carlos A., “Convergencias entre la convocatoria judicial asamblearia y las medidas procesales”, E.D. 215-381.

⁷³ CNCom, Sala “C”, 06/07/2010, “Castro, Amelia Aída c/Transpetrol S.A. s/Sumario s/Queja”, MJJ58463; ídem, 10/11/1999, “Portella, Ana María y otros c. Herpor S.A. s/Diligencia preliminar”, E.D. 186-425; ídem, Sala “D”, 26/02/2009, “Harguinteguy, Juan Cruz s/Diligencia preliminar”, REDS, Mayo 2010, www.societario.com; CCiv y Com San Isidro, Sala 1ª, causa n° 91.287, 08/10/2002, Reg. n° 498, “Birschtein c/Obras y Servicios s/Convocatoria de Asamblea”; ídem, causa n° 103.732, 28/06/2007, Reg. n° 284/07, “Cincam S.A.C.I.F.A. s/Convocatoria Judicial de Asamblea”, rev. del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro, n° 21, pág. 175.

⁷⁴ CNCom, Sala “F”, 03/03/2011, “Bertoncello, Egidio c/Boscherino, Antonio y otro”, Sumario N0017328, www.infojus.gov.ar; ídem, 07/12/2010, “Longarela, Héctor Raúl y otros”, Expediente N° 034061/1.

....

Considerar que la convocatoria judicial a asamblea debe tramitar, siempre y en toda circunstancia, como proceso voluntario deja sin solución a una cantidad de conflictos que se pueden suscitar.

Veamos. Usualmente se dice que estamos ante la jurisdicción voluntaria⁷⁵:

- Cuando no hay controversia y, por lo tanto, no hay "partes" sino "peticionarios".
- Cuando se recurre al juez para solicitar medidas en interés propio, sin tener frente a sí a un "contendiente".
- Cuando se busca que se integre, constituya o se dé eficacia a cierta relación o situación jurídica.

La Jurisprudencia describe lineamientos análogos. Así se ha sentenciado que “la jurisdicción voluntaria comprende los procedimientos de carácter unilateral cumplidos ante los jueces, con el objeto de determinar ciertas situaciones jurídicas o cumplir requisitos impuestos por la ley, mediante declaraciones que no adquieren autoridad de cosa juzgada ni pueden causar perjuicio a terceros”⁷⁶.

Mas ninguna de las caracterizaciones de los procesos voluntarios (ni las de la Doctrina, ni las de la Jurisprudencia) coinciden totalmente, pues en cada una de ellas aparece un dato tipificante que la otra no tiene⁷⁷. Las legislaciones provinciales tampoco son uniformes sobre el particular⁷⁸.

Para más, la idea de que el procedimiento voluntario no afecta a terceros y, por lo tanto, sólo puede intervenir el peticionario choca contra la realidad que demuestra que muchas veces estas causas sí involucran o afectan a personas distintas de quien las promovió⁷⁹ y, por lo tanto, es natural que se les dé algún tipo de intervención⁸⁰. La explicación

⁷⁵ Sigo en esto a Camps, Carlos Enrique, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (Anotado, Comentado, Concordado)”, ed. Depalma, 2004, www.abeledoperrotonline2.com.

⁷⁶ CNCiv, Sala “L”, 21/05/1992, “Anda, Blanca de las Nieves”, L.L. 1992-E, pág. 388.

⁷⁷ Para ahondar en la historia y la actualidad de la polémica sobre este instituto: Abrevaya, Alejandra D., “Jurisdicción voluntaria: ¿función administrativa o jurisdiccional?”, E.D. 181-1351; Méndez, Héctor Oscar, “La jurisdicción voluntaria en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación del Ministerio de Justicia. Una reforma peligrosa e inconvenientes”, E.D. 167-889; Eisner, Isidoro, “Acerca de la actividad judicial extracontenciosa (jurisdicción voluntaria)”, L.L. 110, pág. 955.

⁷⁸ Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, ed. Abeledo Perrot, 1998, www.abeledoperrotonline2.com.

⁷⁹ Schiavino, Raúl Darío, “Legitimación procesal del interviniente en la fase contenciosa del procedimiento de cancelación cambiaria”, E.D. 199-897.

⁸⁰ Llama la atención que alguna vez se haya especulado que los procesos concursales, de algún modo o, al menos, en ciertos momentos, puedan ser considerados voluntarios (Junyent Bas, Francisco,

de esta mutación (de proceso voluntario en proceso contencioso⁸¹) por parte de la Doctrina tampoco es unívoca⁸².

Tan es así que, en otros procesos considerados voluntarios (como el reclamo de exhibición de libros) se entiende que, bajo ciertas circunstancias, debe aceptarse la oposición de la contraparte⁸³.

Otro agujero negro se abre cuando vemos lo que ocurre con los recursos procesales en los procesos voluntarios. **La Jurisprudencia no admite los recursos que deducen las personas distintas al proponente⁸⁴** pues, también en esta materia, se insiste en que tales procesos voluntarios no pueden perjudicar a terceros, aseveración que es más que discutible⁸⁵.

De manera que, dando respuesta al interrogante con el que abrí este bloque podríamos concluir que el rótulo de proceso voluntario no le va a todas las situaciones que pueden darse en esta materia.

....

Desde otra perspectiva se ha especulado que este instituto podría encuadrarse entre los de tutela o de protección inmediata⁸⁶, como las medidas autosatisfactivas

"Ley de Concursos y Quiebras comentada", ed. Abeledo Perrot, 2009, www.abeledoperrotonline2.com; Di Iorio, Alfredo J., "Elementos para una teorización general sobre los procesos concursales", RDCO 1988, pág. 501.

Por su parte Graziabile sostiene que el proceso concursal es nítidamente contencioso (Graziabile, Darío, "Derecho Procesal Concursal", ed. Abeledo Perrot, 2009, pág. 33; "La quiebra como ejecución colectiva. Notas sobre la vigencia de una postura clásica", E.D. 207-619).

⁸¹ Esto de la transformación de un tipo de proceso en otro también se da en otras circunstancias. Así se ha decidido que la reconducción de la acción de amparo en un proceso ordinario es viable aún luego de trabada la litis (Juzg. Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n° 4, 20/06/2008, "Campo, Ernesto Fernando Vicente y otros c/GCBA y otros s/Amparo (art. 14 CCABA)", MJJ38758).

⁸² En esta materia ha sido muy interesante el debate entre Alsina (Alsina, Hugo, "Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", ed. Ediar, 1956. t° IV, pág. 56) y la réplica de Palacio (Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", ed. Abeledo Perrot, 2005, www.abeledoperrotonline2.com).

⁸³ CNCom, Sala "D", 12/02/2010, "Blanco Rodríguez, Víctor v. Cernadas y Fox S.C.A. s/Medida precautoria", Abeledo Perrot N° 11/47074; ídem, 11/11/1999, "Davico, Leonor v. Davico, Hernán C.", J.A. 2001-II-642. Arazi, Roland y Rojas, Jorge A., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales", 2007, t° III, pág. 791.

⁸⁴ CNCom, Sala "D", 12/02/2010, "Blanco Rodríguez, Víctor c/Cernadas y Fox S.C.A. s/Medida Precautoria", <http://www.judicialdelnoa.com.ar/jurisprudencia.php>.

⁸⁵ Puede verse para comprobarlo: Falcón, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", ed. Rubinzal-Culzoni, año 2007, t° VI, pág. 14.

⁸⁶ Carbone, Carlos A., "Tutela judicial efectiva y el nuevo principio procesal: la razón del actor ante la urgencia y la evidencia", E.D. del 21/12/2011, n° 2.900; del mismo autor: "La protección procesal inmediata como tutela diferenciada por pretensiones urgentes y evidentes", ponencia en el XXVº Congreso Nacional de Derecho Procesal Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009, Libro de Ponencias, pág. 103.

que, para algunos, serían aplicables al Derecho Societario⁸⁷. Es que tales remedios procesales están destinados a evitar los perjuicios que ocasiona el extenso tiempo que usualmente insume el proceso⁸⁸, por lo que importaría un alivio efectivo para los accionistas⁸⁹.

Empero, las medidas autosatisfactivas también tiene sus detractores, sobre todo porque no aparecen legisladas en la mayoría de las leyes procesales locales de nuestro país⁹⁰ y, sobre todo, porque en ocasiones han sido vistas como “un exceso jurisdiccional en menoscabo del derecho de defensa en juicio”⁹¹.

....

Otra visión de este asunto la aportó Maffia, bien que en un estudio sobre los procesos concursales. Para tomar distancia respecto de la tensión existente entre procesos contenciosos y voluntarios, imaginó una divisoria de aguas entre la actividad genéricamente judicial y la específicamente jurisdiccional. La distinción entre una y otra categoría se aprecia a través de un ejemplo que propone el autor glosado: un fallo que condena al causante de un perjuicio es judicial, y asimismo jurisdiccional; pero muchas medidas de índole claramente judicial, no son, en cambio, jurisdiccionales. No lo es, por ejemplo, la autorización que el juez otorga para que una mujer separada del marido pueda viajar con su hijo menor al exterior⁹².

Mas este ingenioso desarrollo tampoco nos permite explicar porque un proceso que comienza siendo “no-jurisdiccional” se transforma, en algunos casos, en “jurisdiccional”.

....

⁸⁷ Silberstein, Ricardo I., “Algunas aplicaciones de las medidas autosatisfactivas en el Derecho Societario argentino”, J.A. 1998-III-713.

⁸⁸ Morello, Augusto M., “Qué entendemos, en el presente, por tutelas diferenciadas”, rev. de Derecho Procesal Civil, nº 2008-2, pág. 15.

⁸⁹ Nissen, Ricardo Augusto, “Necesidad de garantizar al accionista un adecuado marco de seguridad jurídica para el ejercicio de sus derechos”, E.D. del 14/04/2011, nº 12.730.

⁹⁰ Martel Chang, Rolando Alfonso, “Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil”, <http://sisbib.unmsm.edu.pe>.

⁹¹ Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la CSJN, 18/12/2007, “Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios c/COAS Construcciones y Servicios S.A.”, Fallos 330:5251.

⁹² Maffia, Osvaldo J., “Sobre un acceso al procedimiento concursal (VIII)”, E.D. del 22/02/2012, nº 12.943.

En ciertos estudios sobre esta materia⁹³ se sostiene que en los casos “Cuevas Cabrero, Leónides v. Instituto Materno Infantil Siglo XXI S.A.” y “Grabeneheimer, Jorge Daniel v. Syntetic S.A.” el tribunal mandó a correr traslado a la sociedad.

Sin embargo, en el caso “Cuevas Cabrero, Leónides v. Instituto Materno Infantil Siglo XXI S.A.” la Cámara de Apelaciones dispuso citar a la sociedad por que, entre otras cosas, no estaba claro que hubiese resultado infructuoso el requerimiento dirigido al Directorio⁹⁴.

Distinta fue la plataforma del precedente “Grabeneheimer, Jorge Daniel v. Syntetic S.A.”. Aunque se convalidó la tesis según la cual este procedimiento no es contencioso sino voluntario, se sostuvo que, en ese proceso, resultaba “... razonable en el orden de la conveniencia funcional, oír con carácter previo a la sociedad”⁹⁵.

La tesis de ese último pronunciamiento aparece (hasta con las mismas palabras) en otros fallos⁹⁶, aunque, al menos en apariencia, trasunta una notable contradicción: si se admite que el pedido de convocatoria judicial de asamblea no motiva un procedimiento contencioso sino voluntario, no se entiende porque, luego de verificados los recaudos legales (como dicen esos fallos), “...resulta razonable ... oír con carácter previo a la sociedad”.

....

Desde el siglo XIX se viene discutiendo sobre la naturaleza jurídica del proceso judicial⁹⁷ o de tal o cual proceso⁹⁸. Todavía hoy hay enormes esfuerzos doctrinarios por desentrañar si todo el Derecho Procesal, o el proceso judicial mismo o la acción judicial participan de tal o cual naturaleza⁹⁹. Algo similar ocurre en el Derecho Societario. Hay

⁹³ Zamenfeld, Víctor, “La convocatoria judicial (o administrativa) a asamblea”, L.L. 2004-E, pág. 1089; Favier Dubois, Eduardo M. (pater) y Favier Dubois, Eduardo M. (h), “La convocatoria a asamblea de sociedad anónima a pedido de un socio”, DSE n° 274, t° XXII, septiembre 2010, pág. 977.

⁹⁴ CNCom, Sala “A”, 12/08/1994, “Cuevas Cabrero, Leónides v. Instituto Materno Infantil Siglo XXI S.A.”, L.L. 1995-D pág. 580.

⁹⁵ CNCom, Sala “B”, 30/04/2001, “Grabeneheimer, Jorge Daniel v. Syntetic S.A. s/Diligencia Preliminar”, Abeledo Perrot N° 11/32844.

⁹⁶ Por ejemplo: CNCom, Sala “B”, 15/03/2004, “Brayotta, Carlos Alberto c/Bragas S.A.C.I.F.I.A.”, MJJ2699; Juzg. Nac. Com. N° 5, 27/02/2007, “Berardi, Miguel c/Güilmi S.A.”, <http://www.legis.com>

⁹⁷ Entre esos monumentales esfuerzos intelectuales merecen ser citados: Chiovenda, Giuseppe, “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, Bolonia, 1903; Couture, Eduardo, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, ed. Depalma, 1958.

⁹⁸ Así por ejemplo: Baeza Oval, José Gonzalo, “Naturaleza jurídica del proceso concursal”, rev. Chilena de Derecho, vol. 38 N° 1, pág. 33.

⁹⁹ Entre muchos otros: Alvarado Velloso, Adolfo, “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, ed. Rubinzal-Culzoni, t° 1, pág. 238; Monroy Gálvez, Juan F., “Teoría general del proceso”, Palestra Editores, Lima, 2007, desde pág. 131; Casarino Viterbo, Mario, “Manual de Derecho Procesal”. “Derecho Procesal Civil”, ed. Jurídica de Chile, 2005, t° 3°, pág. 14; Tello Dávila, María del Rosario, “Alcances sobre la naturaleza jurídica de la acción”, rev. del IPEF n° 29, pág. 205.

ensayos destinados a elucidar la naturaleza jurídica misma de esa rama del Derecho, de las sociedades¹⁰⁰, de las asambleas¹⁰¹, etc.

Extendiendo esa práctica a nuestro tema podríamos especular sobre cual es la naturaleza jurídica del proceso de convocatoria judicial a asamblea y hasta de los procesos voluntarios, pero -creo- ello sería sembrar en tierra yerma.

El fervor académico por determinar la naturaleza jurídica de los institutos legales, en realidad, proviene del Racionalismo francés decimonónico¹⁰². De ese modo se procuraba que toda la realidad a estudiar encaje en clases y subclases, como si se tratara de un tablero de batalla naval, por lo que no se concebía que algo quedara afuera de esas columnas de letras y números.

Honestamente pienso que la determinación de la naturaleza jurídica de los instrumentos legales no es más que es un despliegue discursivo para que todo termine siendo lo que al autor le parece, o, en ocasiones, lo que le conviene que sea.

Por lo tanto, lamento decepcionar al lector si esperaba encontrar en esta monografía un encuadre procesal para todos y cada uno de los conflictos provocados por la convocatoria judicial a asamblea¹⁰³. Hasta que el Legislador advierta que algo tiene que hacer para terminar con estas dudas (por ejemplo, aclarando cual es el o los trámites a los que hay que someter al reclamo judicial de convocatoria de asamblea, especificando cuando -y porque- se le dará intervención a la sociedad, al Directorio o a otros accionistas) los jueces y justiciables haremos lo que podamos, como lo hacemos.

....

Según mi criterio hay algo que está claro: en principio, el juez, salvo que se den circunstancias excepcionales, evitará la intromisión de terceros y resolverá la solicitud sin dar traslado a la sociedad ni a terceros. En caso de duda, le concederá un plazo al peticionante para que aclare o complete su presentación inicial.

Pero ¿cuáles son esas circunstancias excepcionales que justificarían darle intervención a otros sujetos distintos del peticionario? Daré algunos ejemplos:

¹⁰⁰ Echaiz Moreno, Daniel, "La naturaleza jurídica de la sociedad", Suplemento de análisis legal, http://works.bepress.com/daniel_echaiz/1

¹⁰¹ Muguillo, Roberto A., "La asamblea societaria y la decisión asamblearia a la luz de la teoría del acto jurídico. Su nulidad, caducidad y prescripción de las acciones y el orden público", ponencia presentada ante el Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, Diciembre 2006.

¹⁰² Carpintero Benítez, Francisco, "Historia del Derecho Natural", ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, pág. 159.

¹⁰³ A mi modo de ver, en la convocatoria judicial a asamblea siempre hay un conflicto por medio puesto que, para llegar al tribunal, tuvo que haber una contienda extrajudicial previa.

1. Puede ocurrir que el reclamante haya pedido que la causa transite la vía contenciosa, sea en su primera presentación, sea en un momento ulterior. Así ocurrió en un caso¹⁰⁴.
2. Puede pasar que llegue a conocimiento del tribunal (por ejemplo, por una denuncia o por consulta al sistema informático) que hay dos o más pedidos de convocatoria judicial a asamblea efectuado por distintos accionistas con los mismos puntos del orden del día, corriéndose el riesgo de que se den dos o más llamados a asambleas en distintos lugares y días sobre igual temática. En tal supuesto, es lógico que se cite a los accionistas que promovieron la otra causa para procurar que se unifiquen ambas solicitudes.
3. Asimismo es lógico que se le permita a los órganos sociales informar en el proceso que, contrariamente a lo aseverado por el peticionario, le han dado curso favorable al pedido de asamblea (para lo cual han de acompañar las constancias de publicación) o, incluso, las pruebas de que la asamblea ya tuvo lugar.

En tales hipótesis no tiene sentido hablar de jurisdicción voluntaria pues en ese proceso, desde entonces, habrá partes, instancias, recursos, etc., es decir, todos los elementos que la Doctrina identifica como propios del proceso contencioso.

Eso sí, en los supuestos en los cuales, por las razones ya vistas, se considera que es indispensable que alguien más deba involucrarse¹⁰⁵, se empleará el trámite más breve posible¹⁰⁶.

....

Por análogas razones, y a menos que el reclamo se inicie como contencioso, resulta igualmente improcedente que se cumpla el trámite de la Ley de Mediación obligatoria¹⁰⁷.

....

¹⁰⁴ CNCom, Sala "C", 06/07/2010, "Castro, Amelia Aída c/Transpetrol S.A. s/Sumario s/Queja", MJJ58463. En este caso en el escrito inicial se pidió que se corra traslado a la sociedad.

¹⁰⁵ Racciatti, Hernán (h) y Romano, Alberto A., "Trámite de la convocatoria judicial de asambleas (sobre la inviabilidad del juicio sumario)", L.L. 1995-D pág. 582, comentando el citado fallo "Cuevas Cabrero, Leónides v. Instituto Materno Infantil Siglo XXI S.A.".

¹⁰⁶ Roitman, Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales, comentada y anotada", ed. La Ley, 2006, tº IV pág. 64; CNCom, Sala "D", 21/08/ 2008, "Sherlond Group S.A. c/Zudel S.C.A.", Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nac. Comercial, Ficha Nº 000051599.

¹⁰⁷ CNCom, Sala "A", 11/12/1998, "García, Ernesto C. v. Ablo S.A.", Abeledo Perrot Nº 1/1270.

El procedimiento a que da lugar el art. 236 LSC, como lo ha apuntado la Jurisprudencia, tampoco debe ser considerado como el que rige para las medidas cautelares¹⁰⁸. Ocurre que, una vez llevada a cabo la asamblea, concluye el objeto del proceso; a diferencia de lo que ocurre con las mandas precautorias que siempre están al servicio de otra causa judicial¹⁰⁹.

Por tal motivo, en estos procesos, no deben exigirse los recaudos de las medidas precautorias (contracautela, demostración del peligro en la demora, etc.)¹¹⁰.

6.2. La legitimación y como probarla.

¿Quiénes pueden efectuar el reclamo? Desde luego, los accionistas titulares, por lo menos, de acciones equivalentes al 5% del Capital Social, a menos que el Estatuto establezca un porcentaje menor¹¹¹.

Sin embargo, la Ley sólo exige ese porcentaje para reclamar al Directorio la convocatoria a asamblea (primer párrafo del art. 236 LSC), no para demandar ante el organismo de control o ante los tribunales judiciales (tercer párrafo de dicha norma). De manera que bien podría decirse que si los socios con acciones que signifiquen el 5% (o más) del Capital hubieran efectuado la petición ante el Directorio o el síndico, alguno de los que impetraron la petición (o cualquier otro socio) podría acudir a los tribunales reclamando la asamblea aunque no alcance ese mínimo legal de tenencia accionaria.

Sin embargo, la Doctrina, en general, exige que aquel mínimo del 5% del Capital también deba ser alcanzado al impulsar la acción judicial de convocatoria a asamblea¹¹², aunque no se ha justificado tal tesis.

Aun aceptando esa opinión, quienes demanden la convocatoria judicial ¿tienen que ser los mismos que efectuaron el reclamo al Directorio o al síndico? ¿Qué ocurre si quienes materializan la presentación judicial son otros accionistas que también poseen el 5% (o más) del Capital? No se advierte que haya un obstáculo legal para ello.

....

¹⁰⁸ Muchos fallos de la Justicia Nacional en lo Comercial aparecen en los repertorios jurisprudenciales caratulados como "medida precautoria" o "diligencia preliminar". Esos rótulos, que pueden llevar a la confusión, no se deben a un criterio jurídico de selección, sino a la estrechez de opciones que presenta el sistema informático del tribunal, que no cuenta, como en otras jurisdicciones, con la categoría "convocatoria judicial de asamblea".

¹⁰⁹ Di Iorio, Alfredo J., "Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares", L.L. 1978-B, pág. 833; Ramírez, Jorge O., "Medidas cautelares", ed. Depalma, pág. 219.

¹¹⁰ CNCom, Sala "C", 08/04/2011, "Nis Icardi, Elena Natalia c/Ipia S.A.", MJJ66088.

¹¹¹ Reitero que, en la situación del art. 265 LSC cualquier accionista puede reclamar la asamblea sin importar cuantas acciones posea.

¹¹² Favier Dubois, Eduardo M. (pater) y Favier Dubois, Eduardo M. (h), "La convocatoria a asamblea de sociedad anónima a pedido de un socio", DSE nº 274, tº XXII, septiembre 2010, pág. 977; Nissen, Ricardo Augusto, "Ley de sociedades comerciales", ed. Astrea, tº 2, pág. 563.

Para acreditar la condición de accionista nada mejor que presentar los títulos accionarios o, en su caso, los certificados provisionales (arts. 208 y concordantes LSC)¹¹³.

Cuando la sociedad opta por recurrir a las acciones escriturales (mismo art. 208) la condición de socio se demuestra exhibiendo los comprobantes que emita la propia sociedad o, si así estuviere previsto, la entidad especialmente autorizada para llevar la registración, sea esta una institución bancaria o la Caja de Valores¹¹⁴.

Contar con tales títulos constituye un indiscutible derecho de los accionistas¹¹⁵.

Empero, en un buen número de sociedades “cerradas” (por dejadez o por una mal entendida confianza entre los socios) no se emiten los títulos tal como lo disponen los arts. 207 y siguientes LSC¹¹⁶; o, aunque estén emitidos, nos son puestos en manos de los accionistas¹¹⁷. También puede ocurrir que dichos títulos accionarios se hayan destruido, o que hayan sido robados o perdidos¹¹⁸.

Ello genera un trastorno bastante frecuente al momento de acreditar la condición de socio ante los tribunales¹¹⁹. De allí que debe recurrirse a medios alternativos de prueba¹²⁰; medios que son vistos como cierta amplitud de criterio por los jueces¹²¹, pues, en todo caso, si se permite que participe en la asamblea alguien que no es accionistas (hipótesis que es infrecuente) siempre estará disponible una acción judicial para subsanar las anomalías o para indemnizar los daños y perjuicios que se ocasionen tanto a la sociedad, como a los socios o terceros¹²².

¹¹³ Morando, Enrique J. J., “La acción como título y la prueba de la calidad de accionista”, E.D. 196-592, comentando el fallo: CNCom, Sala “B”, 24/05/2001, “Transportes Integrados Metropolitanos Trainmet S.A. c. Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. s/Medida precautoria”.

¹¹⁴ Roitman, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales”, ed. La Ley, 2006, tº IV, pág. 82.

¹¹⁵ Richard, Efraín H., “El derecho del accionista al título acción (En torno a la prescripción)”, J.A. 1997-I-622.

¹¹⁶ Carlino, Bernardo P., “Registro de acciones. Sociedades cerradas”, ed. Errepar, 2010, pág. 115.

¹¹⁷ CNCom, Sala “C”, 14/03/2006, “Bistolfi, Julio Javier c/Edian S.A. Bodegas y Viñedos s/Acción de convocatoria a asamblea”, REDS, www.societario.com.

¹¹⁸ Canosa, Javier y Kahale, Roxana, “Nuevamente sobre los recaudos para perfeccionar la transferencia de acciones en una sociedad anónima”, J.A. 2005-IV-852.

¹¹⁹ CNCom, Sala “B”, 21/06/2007, “Larrarte, Luis E. v. Zapatero, Ernesto M. y otro”, Abeledo Perrot Nº 35022191.

¹²⁰ Ramírez Bosco, Lucas, “¿Cómo se acredita la condición de socio en las sociedades por acciones?”, RDCO, 2007, vol. B, Nº 225/22, pág. 79.

¹²¹ CNCom, Sala “F”, 04/02/2010, “Giménez, Germán Horacio c/Santos Vega S.A. Agrícola Ganadera”, L.L. del 22/04/2010.

¹²² Verón, Alberto V., “Sociedades Comerciales: Ley 19.550, comentada, anotada y concordada”, tº II, pág. 888.

En esa orientación se ha concluido que la calidad de accionista y el porcentaje no pueden ser desconocidos si la sociedad expresamente los reconoció en un acta o en el intercambio epistolar¹²³.

Como desde que fue sancionada la ley 24587 ya no hay más acciones al portador, ha pasado a tener gran importancia el libro de Registro de Accionistas (art. 213 LSC)¹²⁴, pues bastará que se obtenga una certificación notarial de que en ese libro consta esa persona como accionista y la cantidad de acciones de las que es titular para tenerlo por legitimado¹²⁵.

Y ocurre que hay consenso en que la consulta del libro de Registro de Acciones es libre para todos los accionistas de la sociedad, no siendo necesario contar con una participación accionaria mínima para ejercer ese derecho. La sociedad no puede impedir ni entorpecer tal atribución. Podrá, en todo caso, reglamentar la forma en que se llevará a cabo la consulta, pero sin que esto implique en modo alguno cercenar el derecho de libre acceso que tienen los accionistas¹²⁶.

....

Fuera de las situaciones que vimos en el cap. 1 de este estudio, no procede la solicitud de convocatoria judicial a asamblea efectuada por el síndico societario¹²⁷.

En cuanto al integrante del Directorio en minoría¹²⁸ en algunos fallos se le ha reconocido esa legitimación¹²⁹, y en otro no¹³⁰.

¹²³ Favier Dubois, Eduardo M. (pater) y Favier Dubois, Eduardo M. (h), "La convocatoria a asamblea de sociedad anónima a pedido de un socio", DSE nº 274, tº XXII, septiembre 2010, pág. 977, donde se invoca en respaldo el fallo CNCom, Sala "B", 08/11/2002, "Auberge de Lille S.A. c/Porte Normandie S.A. s/Diligencia Preliminar".

¹²⁴ Adrogué, Manuel I., "Publicidad societaria", J.A. 1996-IV-674; Canosa, Javier y Kahale, Roxana, "Nuevamente sobre los recaudos para perfeccionar la transferencia de acciones en una sociedad anónima", J.A. 2005-IV-852.

¹²⁵ Para saber cual es el Capital Social actual de la compañía hay medios bastante sencillos. Así por ejemplo, el monto del Capital debe ser consignado en los balances que los accionistas tienen derecho a que la sociedad les entregue.

¹²⁶ Grispo, Jorge Daniel, "Reflexiones sobre el libro de Registro de Acciones en la Sociedad Anónima", E.D. 222-704.

¹²⁷ CNCom, Sala "B", 07/04/2010, "Bravo, Roxana Claudia c/Aldea del Faldeo S.A.", MJJ55905.

¹²⁸ Un caso singular se presenta ante la renuncia del director no tratada dentro del término de ley o injustificadamente rechazada por el Directorio, la que sólo habilita a plantear la cuestión en la próxima asamblea. Su falta de consideración o rechazo injustificado por parte del órgano de gobierno habilita el reclamo judicial de convocatoria (Marcos, Guillermo Andrés, "Consecuencias de la falta de aceptación de la renuncia del director de sociedades anónimas", ponencia presentada en XLVº Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Morón, 2007).

¹²⁹ CNCom, Sala "D", 19/10/2004, "Cerrito Car S.A. c/I.G.J.", "Cerrito Car Sociedad Anónima", RSC 2004 vol. 5/6 nº 31, pág. 13.

¹³⁰ CNCom, Sala "A", 26/10/1995, "Cejas Seminara, Carlos v. Seminara Empresa Constructora S.A.", Abeledo Perrot Nº 11/24408.

6.3. El agotamiento de la vía intrasocietaria¹³¹.

Además de contar con la legitimación activa, el peticionario debe demostrar que fracasaron los intentos de lograr la asamblea por la vía societaria¹³²; es decir, que efectuó la petición al Directorio o al síndico sin conseguir la convocatoria dentro del plazo legal¹³³.

Empero, hubo un caso en el cual se hizo lugar al pedido de convocatoria judicial de asamblea aunque no medió reticencia del Directorio. En esa ocasión la acción no había sido deducida al amparo del art. 236 LSC sino que se fundó en las facultades procesales del tribunal judicial, aduciéndose analogía con la medida autosatisfactiva¹³⁴.

....

Vale enfatizar que el plazo de 40 días para convocar a asamblea del art. 236 LSC se cuenta desde la fecha de recepción del pedido de los accionistas y se computa por días corridos¹³⁵. Por lo tanto, como la convocatoria debe publicarse según las pautas temporales del art. 237 LSC¹³⁶, si se advierte que dentro de los primeros quince días de presentado el reclamo el Directorio no ha llamado a asamblea, no será menester que se agote el referido período de cuarenta días para accionar¹³⁷.

En un caso se admitió que un socio y director impulsara la convocatoria judicial a asamblea pues la sociedad estaba en liquidación y el Directorio constituido en comisión liquidadora, dejó transcurrir 40 años, sin cumplir su cometido (CNCom, Sala "C", 05/03/1993, "Menéndez Behety, Fernando s/Sum.", Abeledo Perrot Nº 11/18261).

¹³¹ Nuestro plexo societario procura que todo conflicto entre los socios y la sociedad, antes de llegar a los tribunales, concluya lo que usualmente se denominan las vías internas de la compañía, es decir los reclamos extrajudiciales a los órganos (CNCom, Sala "A", 08/10/1997, "Eledar S.A. v. Serer, Jorge", Abeledo Perrot Documento Nº 11.1884; ídem, Sala "B", 22/10/2002, "Barreiro, María Ester v. Lomary S.A. y otro", Abeledo Perrot Documento Nº 11.35691; ídem, Sala "C", 30/03/1988, "Schjivarger, Benjamín v. Lefa Coop. de Seguros Ltda.", Abeledo Perrot Documento Nº 11.5533; ídem, Sala "E", 08/05/2000, "De Mayo, Miguel Juan v. De Mayo Lonardi S.A. s/Sumario s/Inc. de Ampliación funciones Veeduría Judicial", E.D. del 5/7/2000, Fº 50157).

¹³² CNCom, Sala "A", 14/10/2008, "Chavarría Uriburu, Martín c/Goldman & Stern S.R.L. y otro", MJJ41753. Castro Sammartino, Mario y Garrone, José A., "Ley de Sociedades Comerciales", ed. LexisNexis-Abeledo-Perrot, 19.5.5.

¹³³ CNCom, Sala "F", 05/10/2010, "Lagos del Sur Argentina S.A. s/Medida precautoria", MJJ60732.

¹³⁴ CNCom, Sala "A", 11/11/2004, "Rubio, Gonzalo Javier y otro c. S.A. Agropecuaria Los Campos s/Medida precautoria s/Queja", con comentario de Molina Sandoval, Carlos A., "Convergencias entre la convocatoria judicial asamblearia y las medidas procesales", E.D. 215-381.

¹³⁵ Favier Dubois, Eduardo M. (pater) y Favier Dubois, Eduardo M. (h), "La convocatoria a asamblea de sociedad anónima a pedido de un socio", DSE nº 274, tº XXII, septiembre 2010, pág. 977.

¹³⁶ Mascheroni, Fernando H., "La asamblea en la sociedad anónima", ed. Universidad, pág. 31.

¹³⁷ Zamenfeld, Víctor, "La convocatoria judicial (o administrativa) a asamblea", L.L. 2004-E, pág. 1096; Molina Sandoval, Carlos A., "Convergencias entre la convocatoria judicial asamblearia y las medidas procesales", E.D. 215-381, comentando el fallo CNCom, Sala "A", 11/11/2004, "Rubio, Gonzalo Javier y otro c/S.A. Agropecuaria Los Campos s/Medida precautoria s/Queja".

....

¿Cómo se prueba el agotamiento de la vía interna? Para ello deben acreditarse dos extremos: que se efectuó el reclamo, y que fue desestimado.

Para demostrar que se hizo el reclamo lo normal es que se presente el pedido por escrito dirigido al Directorio o al síndico titular (con constancia de recibo), tema que ya hemos visto.

En cuanto al rechazo de la solicitud: puede ocurrir que se exprese en una comunicación del Directorio o del síndico cursada al solicitante. En tal caso aquella notificación será suficiente para acreditar el cumplimiento del requisito legal¹³⁸.

Pero en otros supuestos acreditar que no se convocó pone al peticionario ante la dificultad de la prueba de un hecho negativo¹³⁹. Así ocurre cuando los requeridos no le contestan al solicitante.

Frente a esta última situación pueden darse, a su vez, dos alternativas: que el Directorio o la Sindicatura se reúnan, traten el tema y decidan no convocar a asamblea o diferirla ilegalmente, reflejando todo ello en una o más actas en el libro de Actas de Directorio; o, en su defecto, que medie un rechazo de hecho, es decir, sin documentarlo en un acta¹⁴⁰.

En la primera de esas hipótesis el medio por excelencia para probar el agotamiento de la vía societaria consiste en aportar copias certificadas notarialmente de las actas de Directorio que ilustren lo ocurrido en esas reuniones. En la segunda, la falta de tratamiento de la cuestión resultará de las actas existentes entre la fecha de presentación de la solicitud de convocatoria a asamblea y la del vencimiento del plazo legal.

....

¹³⁸ Mc Inerny, Patricio, "Convocatoria judicial a asamblea" rev. Jurisprudencia del Colegio de Abogados de La Plata Nº 40 pág. 7.

¹³⁹ CNCom, Sala "F", 05/10/2010, "Playa Palace S.A. c. Peñaloza, Leandro Hipólito s/Inc. de Ejecución de Sentencia", E.D. Digital (64139); ídem, Sala "D", 16/02/2010, "Del Río, Alberto c. Banco Patagonia S.A.", E.D. Digital (55813).

Sin embargo, el mismo tribunal ha sostenido que "es erróneo considerar que los hechos negativos no deben probarse. Lo que no es objeto de prueba es la simple negativa de los hechos articulados por el adversario, pero los hechos que exceden la simple negativa deben ser probados por quien los alega" (CNCom, Sala "D", 21/10/2010, "De Marte, Marcelo Daniel c. Federación Patronal Seguros S.A.", E.D. Digital (61712); ídem, Sala "B", 09/02/2010, "Laborde Ognian, Ethel Beatriz c/Universal Assistance S.A.", MJJ56368).

¹⁴⁰ Vale recordar que el libro de actas de Directorio es obligatorio para las sociedades anónimas (art. 73 LSC) (Grispo, Jorge Daniel, "Algunas consideraciones en torno a las actas de las sociedades comerciales", E.D. 209-985).

En cambio, la ley no prevé una carga similar para la Sindicatura. En consonancia con esta tesitura legislativa las Normas Sobre la Actuación del Contador Público como Síndico Societario dictadas por la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, si bien disponen que los síndicos deben guardar sus papeles de trabajo, tampoco los obliga a llevar libros de actas.

Sin embargo, no siempre es fácil conseguir el libro de Actas de Directorio.

En este punto hay que distinguir dos situaciones distintas: si la petición la impulsa uno o más accionistas, o si el reclamante es un director titular.

En el primer caso hay que advertir que no hay ninguna norma que permita a los accionistas solicitar copia de las actas del órgano de administración en condiciones similares a las previstas por el segundo párrafo del art. 249 LSC para las actas de asambleas¹⁴¹.

Además, Doctrina y Jurisprudencia entienden que el acceso del accionista a la información social (salvo en los ya mencionados supuestos del último párrafo del art. 284 LSC), queda restringido a los estados contables y a la documentación complementaria¹⁴².

Un medio subsidiario para conseguir la prueba consiste en emplear la atribución que consagra el 294 inc. 6º LSC que confiere a los accionistas que representen no menos del 2% del Capital el derecho de pedirle al síndico información sobre las materias que son de su competencia¹⁴³. Ese procedimiento puede servir para conseguir las copias certificadas del libro de actas de Directorio o un informe del órgano de fiscalización que refleje lo ocurrido¹⁴⁴.

No obstante, ante las dificultades con que suelen tropezar los accionistas en tales situaciones, los jueces ponderarán estos hechos con amplitud de criterio¹⁴⁵. Tan es así que se llegó a permitir (a título de prueba anticipada) el examen de los libros sociales por sí o con el auxilio de perito contador^{146 147}.

¹⁴¹ Salvo, claro está, en las sociedades en las cuales, según los arts. 55 y 284 LSC, los accionistas tienen libre acceso a la información de la compañía.

¹⁴² CNCom, Sala "C", 28/05/2002, "Farallon Telco Inversora LLC c/Nortel Inversora S.A. y otros", EDJ5602.

¹⁴³ Hay que tener en cuenta que el art. 294 inc. 1º LSC obliga al síndico a fiscalizar la administración de la sociedad, y a examinar los libros y documentación, por lo menos, cada tres meses, y que el inc. 3º de la misma norma lo compele a 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.

¹⁴⁴ Matta y Trejo, Guillermo, "Reflexiones en torno al derecho de información en la sociedad anónima moderna", L.L. 1996-E, pág. 1206; Escuti Ignacio A., "El derecho a la información societaria y la actuación judicial"; RDPC, 2001-1, pág. 92, comentando el fallo CNCom, Sala "B", 28/02/2005, "Inspección General de Justicia c. Propel S.A. s/Denuncia", E.D. 213-32.

¹⁴⁵ Favier Dubois, Eduardo M. (pater) y Favier Dubois, Eduardo M. (h), "La convocatoria a asamblea de sociedad anónima a pedido de un socio", DSE nº 274, tº XXII, septiembre 2010, pág. 977; Nissen, Ricardo Augusto, "Ley de sociedades comerciales", ed. Astrea, 2010, tº 2, pág. 723.

¹⁴⁶ CNCom, Sala "B", 18/07/2002, "Durini de Orloff, María Antonia A. c/Sans Souci S.A.", L.L. 24/12/2002, Fº 104.945.

¹⁴⁷ No se advierte porque, para establecer lo que dicen los libros societarios (Registro de Asistencia, de Actas de Asamblea), de notorio contenido jurídico (no contable) los jueces recurran a un perito contador. Es que, como lo determina el art. 13 de la ley 20488, el contador público está habilitado para dictaminar únicamente sobre la información que deriva de la Contabilidad. Lo que exceda de esa actividad no puede computarse a los efectos probatorios (CCiv y Com. Trenque Lauquen, 29/12/1992, "Cadorín, Jorge Conrado y otros c/Fernández, Oscar y otros s/Daños y perjuicios", BA B2202947).

....

Distinta es la situación cuando la solicitud de convocatoria a asamblea la impulsa un director, sea accionista o no, pues la Ley le reconoce a todo director titular un amplio derecho de información¹⁴⁸, pudiendo consultar, cuando lo considere necesario, los libros y papeles de la sociedad¹⁴⁹. Este derecho sólo puede ser restringido excepcionalmente:

- Por las disposiciones del reglamento para el funcionamiento del Directorio (si lo hubiere)¹⁵⁰.
- Cuando se transforma en un medio para obstruir o perjudicar la actividad social¹⁵¹.

6.4. Función del juez ante un pedido de esta naturaleza.

Verificados los extremos legales, en principio, el juez debe ordenar sin más la convocatoria a asamblea¹⁵². Si faltan uno o más recaudos del art. 236 ha de desestimarla¹⁵³, y si los defectos son remediabiles, dará ocasión para que el peticionario los subsane.

Es que estas actuaciones no pueden ir más allá de su finalidad, cual es, suplir la inactividad -culposa o no- de los administradores¹⁵⁴.

Lo lógico debiera ser que el tribunal exija que los libros sociales sean presentados preliminarmente en su sede, como lo autoriza, en el ámbito nacional, el art. 323 inc. 5º CProc, sobre todo porque el juez es experto en Derecho (López Carusillo, Magdalena y Martínez, Verónica, "El principio iura novit curia: límites", L.L. 2006, pág. 881) por lo que no precisa que un perito lo ilustre sobre el particular.

¹⁴⁸ Juzg. Nac. Com. nº 3, Secr. 5, 18/10/2006, expte. 106.840, "Carbajo, Eduardo y otros c. Hidroeléctrica El Chocón s/Medida precautoria", firme, inédito, citado por Monti, Santiago J. y Moro, Emilio, "Derecho a la información de los directores de sociedades anónimas", L.L. del 14/06/2007; Ferraro, María Emilia, "La información en las modernas sociedades anónimas y el deber-derecho de información de los directores ajenos al grupo mayoritario", rev. Argentina de Derecho Empresario, IJ-VL-32.

¹⁴⁹ Suárez Anzorena, Carlos, "Ejercicio por el director o consejero de sus facultades de acceso a la información social", IIº Congreso de Derecho Societario", 1979, tº I, pág. 141; Ferraro, María Emilia, "La información en las modernas sociedades anónimas y el deber-derecho de información de los directores ajenos al grupo mayoritario", rev. Argentina de Derecho Empresario, IJ-VL-32; Allende, Lisandro, "El derecho de información del director y la presencia de asesores en las reuniones de directorio", E.D. 213-32, comentando el fallo CNCom, Sala "B", 28/02/2005, "Inspección General de Justicia c/Propel S.A. s/Denuncia".

¹⁵⁰ Favier Dubois, Eduardo M. (pater) y Favier Dubois (h), Eduardo M., "El reglamento del directorio de la sociedad anónima", DSE nº 271, tº XXII, julio 2010, pág. 704.

¹⁵¹ Escuti Ignacio, "El derecho a la información societaria y la actuación judicial", RDPC, 2001-1, pág. 81.

¹⁵² CNCom, Sala "A", 05/07/2007, "Carballo de Quintín, Claudia Leonor c/Farmacity S.A.", MJJ12691; ídem, Sala "D", 21/08/2008, "Sherlond Group S.A. c. Zudel S.C.A.", E.D. Digital (45717); Verón, Alberto, "Sociedades Comerciales", ed. Astrea, tº 3, pág. 726; Nissen, Ricardo A., "Ley de Sociedades Comerciales", ed. Ábaco, tº 3, pág. 342; Matta y Trejo, Guillermo, "Sobre la convocatoria a asamblea de sociedades anónimas a pedido de accionista", L.L. 1985-D, pág. 495.

¹⁵³ CNCom, Sala "E", 28/02/2002, "Re, María c/Altuna de Aguirre, María Cruz", <http://ar.vlex.com>, donde se cita a Sasot Betes, Miguel A. y Sasot Betes, Miguel P., "Sociedades anónimas. Las asambleas", pág. 145 y a Verón, Alberto, "Sociedades comerciales", tº 3, pág. 741.

¹⁵⁴ CNCom, Sala "F", 03/03/2011, "Bertoncello, Egidio c/Boscherino, Antonio y otro", MJJ65243.

Los jueces no pueden juzgar la oportunidad o conveniencia de los asuntos cuya inclusión en el orden del día se solicita¹⁵⁵. Así lo entendía Halperín¹⁵⁶.

Empero el autor citado en último término sostuvo que el magistrado puede objetar el temario si afectara al orden público¹⁵⁷, al objeto social o pudiera vulnerar el recto orden de gobierno de la sociedad. En similar orientación se ha expresado algún precedente jurisprudencial¹⁵⁸.

De su lado Zamenfeld considera que el juez, a pedido de parte (no podría hacerlo de oficio) tiene la atribución de modificar la redacción de los puntos del orden del día¹⁵⁹.

Hasta hubo un caso en el cual el tribunal admitió una medida cautelar para suspender una asamblea por considerar objetable el orden del día¹⁶⁰, criterio que no comparto en absoluto.

A mi juicio, si el orden del día incluido en la solicitud de convocatoria a asamblea conlleva alguna propuesta de algo ilegal para la sociedad, tal moción -como adelanté- no tendrá ninguna trascendencia en el mundo jurídico hasta que se transforme en decisión de la asamblea¹⁶¹. No por nada las normas del plexo societario que se refieren al orden del día (arts. 237 primer párrafo y 246 LSC) no establecen sanciones para las propuestas supuestamente ilegales.

Distinto es el caso del orden del día redactado en términos ofensivos para terceros. Si el Directorio hubiera rechazado la solicitud de convocatoria sin aclarar los motivos, el tribunal, incluso de oficio, podría, sin alterar el sentido de la propuesta, eliminar tales expresiones desdorosas.

....

¹⁵⁵ CNCom, Sala "E", 28/02/2002, "Re, María v. Altuna de Aguirre, María Cruz", Abeledo Perrot N° 11/31420.

¹⁵⁶ Halperín, Isaac, "Sociedades Anónimas", ed. Depalma, 1974, pág. 670.

¹⁵⁷ Creo haber demostrado en otra monografía que el denominado "orden público" no tiene nada que hacer en el Derecho Societario (Rubín, Miguel Eduardo, "Tribulaciones sobre voto acumulativo, abuso del derecho, orden público, interés social, nulidades de asamblea y el principio de legalidad", capítulo de la obra colectiva titulada "Derecho Económico Empresarial" "Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría", ed. La Ley, t° 2, pág. 1527).

¹⁵⁸ CNCom, Sala "A", 05/07/2007, "Carballo de Quintín, Claudia Leonor c/Farmacity S.A. s/Medida precautoria", MJJ12691.

¹⁵⁹ Zamenfeld, Víctor, "La convocatoria judicial (o administrativa) a asamblea", L.L. 2004-E, pág. 1095.

¹⁶⁰ CNCom, Sala "B", 29/04/2011, "Madariaga, Marta Estela c. Madida S.A.", E.D. del 19/10/2011, n° 12.858.

¹⁶¹ Yódice, Alejandro, "Asamblea de accionistas. Impugnación judicial de sus resoluciones", ed. Errepar, 2003, pág. 147.

La Jurisprudencia considera que la resolución judicial que dispone la convocatoria a asamblea es irrecurrible respecto de la sociedad¹⁶², naturalmente, a menos que quien hubiera iniciado las actuaciones hubiera aceptado (originariamente o después) que el proceso se sustancie, pues en esa hipótesis corresponde reconocer el derecho a interponer esa clase de remedios procesales¹⁶³.

En cambio la sentencia que deniegue la solicitud sí da lugar a apelación por parte del peticionario¹⁶⁴.

El Directorio tampoco podrá proponer la modificación del orden del día aprobado por la sentencia¹⁶⁵, ni convocar a otra asamblea referida, total o parcialmente, a los temas incluidos en dicha convocatoria judicial¹⁶⁶.

....

El llamado judicial a asamblea, desde luego, debe respetar las directivas de los arts. 233 siguientes y concordantes LSC¹⁶⁷ y las disposiciones del Estatuto de la sociedad.

Para evitar dilaciones el tribunal puede autorizar a cualquiera de los peticionarios (o a la persona designada para presidir la asamblea) para que publique los edictos. Con tal propósito dispondrá el libramiento de oficio al diario de publicaciones oficiales.

¹⁶² CNCom, Sala "A", 30/08/2011, "Inspección General de Justicia c/Bella Club S.A. s/Organismos externos", MJJ68602; ídem, Sala "B", 20/09/2007, "Torres, Diana y otros c/Imágenes Diagnosticas y Tratamientos Médico S.A. s/Diligencia preliminar", MJJ18100; ídem, Sala "D", 11/03/2004, "Zavalía, Dolores c/Ruiz, José s/Inc. de Apelación", Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nac. Comercial 2011, Ficha Nº 000051599. Bisogno, Pablo G., "Convocatoria judicial a asamblea de accionistas", ponencia presentada en el XIº Congreso Argentino de Derecho Societario y VIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, MJD5023.

En un caso muy singular, después de pasar en autoridad de cosa juzgada la sentencia que había mandado a convocar a asamblea, el tribunal aceptó un recurso que terminó invalidando esa decisión pues, entre tanto, el Directorio ya la había convocado (se entiende, con el mismo orden del día) y había publicado los edictos (CNCom, Sala "B", 15/03/2004, "Brayotta, Carlos Alberto c/Bragas S.A.C.I.F.I.A.", MJJ2699).

En no pocos casos este tipo de planteos recursivos llegan tarde, es decir cuando la asamblea ya tuvo lugar. En tales supuestos la Jurisprudencia los ha rechazado por considerar que se han vuelto cuestión abstracta (CNCom, Sala "D", 24/10/2011, "Inspección General de Justicia c/E.E.T. S.A. s/Organismos Externos", Exp. 40826/2010, <http://diarioelaccionista.com.ar>).

¹⁶³ CNCom, Sala "C", 06/07/2010, "Castro, Amelia Aída c/Transpetrol S.A. s/Sumario s/Queja", MJJ58463.

¹⁶⁴ CNCom, Sala "F", 05/10/2010, "Lagos del Sur Argentina S.A. s/Medida precautoria", MJJ60732; ídem, Sala "E", 08/02/2006, "Slucki, Juana y otro c/Mairuf S.C.A. s/Diligencia preliminar", MJJ8185.

¹⁶⁵ Favier Dubois, Eduardo M. (pater) y Favier Dubois, Eduardo M. (h), "La convocatoria a asamblea de sociedad anónima a pedido de un socio", DSE nº 274, tº XXII, septiembre 2010, pág. 977; Halperín, Isaac, "Sociedades Anónimas", ed. Depalma, 1974, pág. 566; Nissen, Ricardo Augusto, "Ley de Sociedades Comerciales", ed. Astrea, 2010, tº 2, pág. 721.

¹⁶⁶ Cacio, Claudio C., "Incompetencia del órgano pertinente para convocar a asamblea una vez iniciado el trámite administrativo o judicial previsto por el art. 236 *in fine* de la L.S.", ponencia presentada ante el VIº Congreso Argentino de Derecho Societario y IIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, libro de ponencias, tº I, pág. 27.

¹⁶⁷ Molina Sandoval, Carlos A., "Formalidades exigidas para la convocatoria a asamblea (Primera Parte)", RDCO 2007-A, pág. 887.

El juez, conforme las atribuciones que dimanar de los arts. 236 y 242 LSC¹⁶⁸, puede ordenar que la asamblea sea presidida por la persona que designe, siendo preferible que se trate de un abogado especializado en Derecho Societario.

Si bien quien así es designado debe ser considerado oficial de justicia *ad hoc* para procurar el debido cumplimiento de la manda judicial¹⁶⁹, no debe ser visto como un interventor judicial, puesto que la cautela de intervención en la administración social sólo corresponde cuando media una acción de remoción de administradores¹⁷⁰.

Es recomendable que a la persona que se designe se le encarguen las funciones previstas en el art. 159 Resol Gral. IGJ 7/2005:

1. Efectuar o controlar, con asistencia del personal administrativo de la sociedad, el cumplimiento de las anotaciones correspondientes en el libro de registro de asistencia.
2. Suscribir la nota de cierre del plazo de comunicación de asistencia, dejando constancia, en su caso, de la falta de quórum.
3. Verificar, antes de declarar constituida la asamblea, el correcto cumplimiento de la convocatoria, la realización de la publicidad previa y la formulación del orden del día, informando a los presentes las irregularidades que en su caso advierta.
4. Receptar en cada caso las manifestaciones, observaciones o impugnaciones y sus contestaciones que se formulen.
5. Declarar constituida la asamblea mencionando, con identidad de las mismas, la presencia de las personas obligadas o facultadas a concurrir a la misma de acuerdo con la Ley N° 19.550 e indicando la cantidad de accionistas presentes y cantidad total de votos que les correspondan.
6. Expulsar a cualquier persona, sea o no accionista, que pretenda impedir la constitución y/o el desarrollo de la asamblea y/o cuya permanencia no sea procedente, pudiendo recurrir para ello al auxilio de la fuerza pública.
7. Declarar la falta de quórum para la constitución de la asamblea y disponer su levantamiento o, en caso de convocatoria simultánea, habilitar el plazo de espera horaria establecido en los estatutos o el mínimo legal (artículo 237, párrafo segundo, Ley N° 19.550).
8. Declarar clausurada la asamblea si el quórum de funcionamiento se quiebra definitivamente durante su transcurso, precisando los puntos del orden del día o conexos decididos hasta ese momento.

¹⁶⁸ Ferrer, Fernando J. y Belmaña, Ricardo J., "Para presidir una asamblea convocada judicialmente el juez puede designar a cualquier persona", MJD5013.

¹⁶⁹ CNCom, Sala "C", 30/09/1997, "Mariño, Jorge v. South American Pilot Service", Abeledo Perrot N° 11/1742.

¹⁷⁰ CNCom, Sala "B", 05/06/1995, "Lavaisse, Juan v. La Carolina S.C.A.", Abeledo Perrot N° 11/23245.

Me he ocupado de este tema en: Rubín, Miguel Eduardo, "La intervención judicial de sociedades comerciales y la necesidad de volver a Protágoras", E.D. del 05/04/2011, n° 12.723.

9. Declarar el pase de la asamblea a cuarto intermedio, a propuesta de cualquiera de los presentes, aprobada por la mayoría absoluta de votos presentes.

Con igual mayoría, deberá también autorizar, dentro de la misma reunión, interrupciones temporarias que por su duración moderada no quebranten la unidad de la reunión.

10. Poner a consideración los puntos del orden del día y dirigir las deliberaciones concediendo y retirando el uso de la palabra.

Deberá instar, cada vez que sea necesario, a que la palabra se emplee por tiempo moderado y concretamente, a que las manifestaciones que se efectúen se circunscriban a los puntos del orden del día, a sus cuestiones conexas legalmente, si se presentaren (artículo 276, párrafo primero, Ley N° 19.550) y a aquellas que razonablemente se deriven del temario en forma implícita; a que se precisen concretamente las impugnaciones; a que se respete debidamente por todos los presentes el derecho a deliberación de cada uno y a que el derecho de información de los accionistas sea satisfecho por los directores y la sindicatura, poniendo asimismo a disposición de los accionistas, directores y sindicatura –y en su caso del escribano público presente– los libros sociales y/o documentación necesarios, ello dentro del marco determinado por el orden del día y sus cuestiones conexas.

En su caso, recibirá y dará lectura a las manifestaciones escritas efectuadas por los accionistas presentes o ausentes relacionadas con el procedimiento de realización de la asamblea y la legitimación y/o representación de los accionistas, no así, a las de los ausentes que supongan deliberar y/o votar temas incluidos en el orden del día o con él relacionados.

11. Poner a votación las mociones de orden pertinentes y en general todas aquellas cuya consideración sea necesaria para el adecuado desarrollo de la asamblea; podrá rechazar por sí poner a votación aquellas que resulten manifiestamente improcedentes.

12. Dar por terminado el tratamiento de cada punto del orden del día cuando el mismo esté agotado y someter a votación por su orden la moción o mociones efectuadas a su respecto, solicitando previamente, si es necesario, que quienes las formularon las concreten con precisión y en forma congruente con la cuestión tratada.

13. Receptar, previo a recibir la votación, las impugnaciones al derecho de voto de determinados accionistas y sus contestaciones.

14. Hacer saber lo dispuesto por el artículo 241 de la Ley N° 19.550 a los accionistas que desempeñen los cargos aludidos en dicha norma, antes de la votación de las cuestiones previstas en ella y lo dispuesto por el artículo 248 de la misma ley al accionista o accionistas respecto de los cuales, en virtud de presupuestos legales (ejemplo: artículo 271, ley citada) o a resultas de la deliberación respectiva y en su caso de las manifestaciones o impugnaciones formuladas, resulte claro que se verifica el interés contrario al social allí contemplado; la omisión no supondrá considerar inexistente el interés contrario ni afectará los derechos de

los demás accionistas a formular las impugnaciones o cuestionamientos que estimen corresponder.

15. Recibir nominalmente (también con auxilio del personal administrativo de la sociedad) los votos de los accionistas individualizando a quienes voten en forma positiva o negativa y a quienes manifiesten abstenerse, efectuar su cómputo y proclamar el resultado de la votación, indicando con exactitud qué es lo que ha sido aprobado y/o rechazado, según el caso.

La votación únicamente podrá recibirse a mano alzada o por aclamación si por el modo de deliberación o por no haberse producido ésta, aparece como indubitable que la decisión se habrá de adoptar por unanimidad. Si así no resulta, deberá recibirse votación nominal y proclamar como resultado el de ésta última.

16. Dar por terminada la asamblea: a) una vez concluido el tratamiento y la votación, con sus resultados, de los puntos del orden del día; b) si durante el transcurso de la asamblea se quiebra definitivamente el quórum necesario para que la misma funcione; c) si circunstancias graves tornaren imposible o riesgosa su continuación.

17. Suscribir la nota de cierre de la asistencia de los accionistas a la asamblea.

18. Adoptar durante el desarrollo del acto asambleario las disposiciones necesarias para la debida recepción de las manifestaciones de los presentes que sean conducentes.

19. Intervenir en la redacción del acta de la asamblea y firmarla junto con los accionistas designados; en su caso, hará lo propio con el acta de la primera reunión, si la asamblea pasó a cuarto intermedio.

20. Cumplir todo otro acto no mencionado expresamente en los incisos anteriores, que sea necesario para el normal desarrollo de la asamblea y su correcta documentación.

Es conveniente que se faculte especialmente al autorizado para superar la eventual falta de colaboración de parte del Directorio o del personal administrativo de la sociedad (por ejemplo, por negativa a entregarle los libros de Registro de Accionistas, de Asistencia a Asamblea o de Actas de Directorio o de Asamblea, o impidiendo o dificultando la recepción de las comunicaciones del art. 238 LSC)¹⁷¹.

Si a pesar de tales medidas no se consiguen el libro de Registro de Accionistas o el de Asistencia a Asamblea, el funcionario pondrá en práctica algún procedimiento que permita suplir esos elementos¹⁷².

¹⁷¹ Molina Sandoval, Carlos A., "Convergencias entre la convocatoria judicial asamblearia y las medidas procesales", E.D. 215-381, comentando el fallo CNCom, Sala "A", 11/11/2004, "Rubio, Gonzalo Javier y otro c/S.A. Agropecuaria Los Campos s/Medida precautoria s/Queja".

¹⁷² Grispo, Jorge Daniel, "Algunas consideraciones acerca de la participación de los accionistas en las asambleas de las sociedades anónimas", E.D. 228-737.

6.5. Cuestiones de competencia.

Suele ocurrir que las actuaciones de convocatoria judicial a asamblea formen parte de un conflicto societario más amplio que incluyan otros procesos judiciales (generalmente: de nulidad de asamblea, acciones de responsabilidad o de remoción de los directores o síndicos, etc.).

En tales condiciones, perfectamente puede ocurrir que medie conexidad entre esos procesos; conexidad que justifica, por el principio "*perpetuatio iurisdictionis*", que dichas causas sean llevadas y resueltas por el mismo juez¹⁷³.

Es así como se ha decidido que "La existencia de un conflicto societario único basado en hechos y circunstancias que tienen un mismo origen a partir de lo cual es factible concluir que los distintos procesos a que se ha hecho referencia no constituyen otra cosa que distintas manifestaciones de un mismo y único conflicto societario"¹⁷⁴.

En cambio, se ha juzgado que no tiene sentido que el pedido de convocatoria judicial a asamblea sea adjudicado al tribunal que entiende en el proceso concursal de la sociedad¹⁷⁵.

6.6. Costas del proceso.

La Jurisprudencia ha determinado que, en este tipo de procesos, corresponde que las costas sean puestas a cargo de la sociedad¹⁷⁶.

Considero que se trata de un error. Los costos y costas del proceso debieran ser solventados por los directores o síndicos que, desconociendo sus obligaciones, ilícitamente hubieran resistido convocar a asamblea. Ello, en función de lo prescripto por los arts. 274, 296 a 298 y concordantes LSC¹⁷⁷.

¹⁷³ CNCom, Sala "A", 01/09/2009, "Ezurra, Alejandro c/Club de Campo Las Perdices S.A.", <http://diarioelaccionista.com.ar>.

¹⁷⁴ CNCom, Sala "A", 17/09/2009, "O.C. S. H. c/Roer International S.A.", 034896/2008, <http://diarioelaccionista.com.ar>; ídem, CNCom, Sala "B", 18/08/2010, "Del Campo Muñoz, María Sonsoles c/Estancia Campo Garay S.A.", MJJ58823. En dicho fallo se cita, en la misma orientación, el precedente: CNCom, Sala "B", 22/04/2008, "Camisassa, Eduardo Raúl y otro c/Efel S.A."

¹⁷⁵ CNCom, Sala "F", 05/04/2011, "OCAFI S.A. c/Industrias Carsigom S.A.", MJJ66569.

¹⁷⁶ CNCom, Sala "A", 04/12/2009, "Pem S.A. y otro", E.D. Digital (54720); ídem, Sala "B", 30/04/1997, "Cerolli de Acosta, Ernesta v. La Providencia S.C.A.", Abeledo Perrot Nº 11/28036; ídem, Sala "C", 25/07/2007, "Veronesi, José María c/Veronesi S.A.", MJJ13746; ídem, Sala "D", 04/07/2007, "Berardi, Nicolás y otros c/Guilmi S.A.", MJJ18822; ídem, Sala "F", 02/08/2011, "Tavelli, Carlos Martín c/Sazzo S.A.", MJJ68760. En dicho pronunciamiento se mencionan, en el mismo sentido, los siguientes fallos: CNCom, Sala "E", 01/11/1995, "Madero de Seeber, María Angélica c/Haras Argentina S.A."; ídem, Sala "A", 20/06/2002, "Scalise, Claudio y otros c/Yamasur S.A."; ídem, 30/10/2008, "Irachet, Jorge c/Tiberina S.A."

¹⁷⁷ CNCom, Sala "C" (Sala integrada), 15/12/2011, "Multipuerto s/Sumario", Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nac. Comercial, Ficha Nº 000058475; Gagliardo, Mariano, "Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas", 5ª edic., ed. Abeledo Perrot, tº 3, pág. 2142; Drucaroff Aguiar, Alejandro, "El obrar antijurídico y la responsabilidad personal de administradores y socios de sociedades comerciales", MJD5221; Martorell, Ernesto E., "El síndico de la sociedad anónima: replanteo crítico sobre la naturaleza y alcances de responsabilidad", L.L. 1988-B, pág. 1082.

Para determinar que tales circunstancias se dan en el caso concreto, después de dictada la sentencia que haga lugar a la convocatoria de la asamblea, en trámite incidental, se citará a los directores o síndicos para que tengan ocasión de defenderse.