

## Sociedades Nulidad De Decision Asamblearia Falta De Inclusion En El Orden Del Dia

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Sociedades. Nulidad de decisión asamblearia. Falta de inclusión en el orden del día Se hace lugar al recurso deducido por el actor y, en consecuencia, se declara la nulidad de la decisión asamblearia que dispuso la remoción del director, ya que dicho tema no había sido incluido en el orden del día. Buenos Aires, 15 de marzo de 2016.

Y VISTOS: I. El pronunciamiento de fs. 217/19 fue apelado por el señor Marcelo Víctor Alma a fs. 225/26, recurso que fundó con el memorial obrante a fs. 225/226, contestado a fs. 228/29 y a fs. 231/32. II. A efectos de contextualizar muy someramente el trasfondo dentro del cual ha de dictarse la presente decisión, cabe señalar que, ordenada por la señora juez a quo la convocatoria a la asamblea de la sociedad demandada en los términos del art. 236 LS, este órgano se reunió a los efectos de considerar, en lo que aquí interesa, los siguientes puntos del orden del día: ?...1°) designación de dos accionistas para firmar el acta; 2°) consideración de las razones que llevaron a la convocatoria fuera de término y la convocatoria por edictos de la celebrada el día 18 de marzo de 2014...?

Lo relevante aquí es que, en oportunidad de darse en el seno de la asamblea las explicaciones que se requerían en los términos del referido punto 2 del temario transcrito, el accionista Ricardo Horacio Alma, por medio de su apoderada, rechazó tales explicaciones y, por tal motivo, propuso que se removiera con causa del cargo de presidente de la sociedad al señor Marcelo Alma y que, en su reemplazo, fuera designado aquél, como así también que se promovieran en contra del director removido las acciones de responsabilidad por mal desempeño del cargo. Dentro de este mismo expediente -que, se recuerda, se había iniciado con motivo del aludido pedido de convocatoria judicial a asamblea- se promovió la nulidad de esa asamblea a instancias de ese director removido, quien la impugnó por haber sido decidida tal remoción suya sin que ella hubiera constado en el orden del día para cuyo tratamiento el órgano se había reunido. La juez de primera instancia dio curso a la acción y resolvió el planteo en la sentencia aquí impugnada. III. Antes de ingresar en el fondo del asunto es relevante destacar que no soslaya la Sala que este segundo trámite iniciado en el marco de estas actuaciones, debió haber sido rechazado in limine, dado que la acción original (convocatoria a asamblea) ya se había agotado y la decisión asamblearia alcanzada en su marco hubiera debido impugnarse a través de una acción autónoma en los términos del art. 251 LSC. No obstante, esto no sucedió: el juzgado dio trámite a la acción, según temperamento que, más allá de las quejas que planteó, fue consentido por el demandado. Así cabe concluir si se atiende a que, aun cuando éste marcó el error -esto es, el error de haber deducido aquí esa aludida segunda acción- al contestar la demanda, dejó firme el auto que la había proveído, permitiendo que el juicio llegara a su fin en esta instancia. En tales condiciones, la Sala juzga que rechazar el planteo con sustento en un vicio formal que quedó convalidado a lo largo del proceso, importaría adoptar un temperamento dotado de un excesivo rigor formal que, además, importaría para el demandante la pérdida definitiva de su derecho a impugnar, pues la acción respectiva se encontraría extinguida por caducidad. IV. Similares consideraciones ha de efectuar la Sala con respecto a otro óbice que también fue sostenido contra el progreso de la demanda. Nos referimos al hecho de que esa demanda se inició contra el restante accionista y no contra la sociedad misma. Sin dudas, la acción estuvo mal dirigida, pues la legitimada para resistirla era la sociedad, no sus accionistas. No obstante, las particularidades del caso -contextualizadas como resultan de lo que ha sido expuesto más arriba- llevan a estos jueces a la convicción de que también aquí un razonamiento que sobre esa base condujera al rechazo de la acción presentaría el aludido vicio ritual no compatible con un adecuado servicio de justicia. Así se juzga en razón de que en la sociedad de marras no hay sino sólo dos accionistas, hermanos entre sí, cada uno titular del 50% del capital social y que han venido manejando el ente -todo parece indicar- sin el más mínimo apego a las estructuras y formalidades impuestas por la ley para el uso de la aludida sociedad. No hay en este expediente ningún otro interesado más que los dos socios que están enfrentados, siendo del caso aclarar que si bien la sociedad que integran es un sujeto diverso de ellos mismos, la materia del debate traído a este juicio sólo involucra el enfrentamiento personal que existe entre aquéllos. Por tales consideraciones, la Sala pasará, sin más, a tratar el fondo de la causa. V. Se adelanta que el recurso será admitido. Así se juzga debido a que, como surge del relato de los hechos efectuado más arriba, la decisión cuestionada fue adoptada sin que se hubiera cumplido con el aludido recaudo de incluir el punto dentro del orden del día. No se ignora que el demandado sostuvo que la nulidad prevista en el art. 246 LS para los supuestos en los que la asamblea se pronuncia sobre asuntos no incluidos dentro de ese orden, es principio que cede ante las excepciones previstas en el art. 276 de ese ordenamiento. No obstante, el citado art. 276 sólo alude a la acción social de responsabilidad, para decir que ella ?... puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en éste...? (sic). Correlacionada esa norma con la contemplada en el art. 246, es claro que, mientras

éste establece el principio, el art. 276 sólo sienta una excepción. En tal marco, y siendo que esa previsión -la del art. 276- no autoriza a suponer que toda cuestión que aparezca relacionada con alguno de los asuntos incluidos en el referido orden del día puede ser adoptada por la asamblea aunque no conste en el temario, forzoso es concluir que la decisión de remover al director con causa no pudo ser adoptada por el solo hecho de que el restante accionista no estuviera de acuerdo con las explicaciones dadas por el actor en respuesta a lo que sí había sido incluido en el aludido temario (esta Sala, *Fernández Julio Roberto c/ Molto Gas S.A. s/ Medida Precautoria s/Incidente art. 250?*, 12.5.15). Nótese que el punto del orden del día que dio lugar a esa moción de remover no aparece lógicamente relacionado con ella (esto es, con tal remoción). Lo que allí había que explicar era el por qué se había producido una *demora* en la convocatoria de la asamblea, no por qué no se habían elaborado los estados contables durante varios ejercicios, como se reprochó al demandado a efectos de justificar lo que se hizo (fs. 150). Ese reproche fue sorpresivo y sin relación con lo que había que decidir, dado que durante el tiempo en el que esos estados contables no fueron elaborados, el directorio también se encontraba integrado por el demandado, por lo que, en todo caso, cabría concluir que éste había sido - por lo menos- tan responsable como su hermano en esa omisión. Súmase a ello que, si la falta de confección de esos estados contables era asunto hartamente conocido por el demandado, lógico hubiera sido que pedir que tal asunto se incluyera expresamente dentro del orden del día como extremo que habilitaba esa remoción, lo cual no se hizo, acotándose el punto respectivo al pedido de explicaciones sobre *una demora* en la convocatoria a la asamblea. Es verdad que el punto del orden del día que dio lugar a ese exabrupto también incluyó el requerimiento de que el actor explicara por qué había citado a la asamblea por edictos. Pero esto no altera lo expuesto, dado que, con prescindencia de que ese -esto es, la publicación de edictos- es el mecanismo legal de citación del órgano, lo cierto es que, el hecho de que con anterioridad se hubiera procedido a esa convocatoria por vía telefónica, bien podía suponerse abandonada frente al tremendo conflicto que ya se encontraba planteado entre los hermanos; conflicto que había derivado en la existencia, entre ellos, de varios juicios, incluso penales. En tales condiciones, no puede considerarse razonable que, redactado el punto del orden del día del modo en que lo fue, él haya derivado en la remoción cuestionada. La interpretación que aquí se propicia, por lo demás, es la que mejor parece conciliar los intereses en juego, toda vez que es claro que, si se dejara librada a discreción de la asamblea la posibilidad de juzgar cuándo un asunto no incluido en el temario puede ser igualmente tratado por guardar relación con otro que sí lo está, el referido *orden del día* perdería en gran medida su virtualidad, pese a la importancia que el legislador le ha atribuido en el mencionado art. 276, al despejar incertidumbres acerca de cuál es la competencia de la asamblea y preservar así los derechos de los accionistas vinculados a ella (ver precedente recién citado). Eso es el llamado *orden del día*: es el temario o indicación de cuáles son los asuntos para cuya decisión se la convoca. El cumplimiento de tal aspecto ha sido considerado tan esencial, que su violación produce -según lo expresa la norma citada- la nulidad de lo decidido acerca de toda materia ajena a ese temario. Esa solución -esa nulidad- se explica por la función que el orden del día está llamado a cumplir. Mediante él se persigue que, debidamente notificados de las materias que han de tratarse, los accionistas decidan si concurrirán o no al acto y, en su caso, obtengan la información necesaria para decidir el sentido de su voto, o para hacer valer su derecho a voz -tengan o no voto- en la defensa de una u otra de las posiciones que eventualmente se enfrenten. Se dice, por eso, que el orden del día genera doble orden de efectos: por un lado, es una garantía para los ausentes, evitándoles sorpresas al asegurarles que no quedarán expuestos a que la asamblea resuelva sin su presencia ningún tema que no haya sido previsto; y por el otro, es importante también para los presentes, toda vez que el accionista debidamente prevenido e informado se hallará siempre en mejores condiciones de formar su opinión y, en su caso, contribuir con su consentimiento libre de vicios al resultado. Lo sorpresivo, lo inesperado, suele no ser precedido de la meditación que en su caso pueda requerir el asunto, lo cual, a su vez, coloca en riesgo a los mismos accionistas que conforman las mayorías, dadas las responsabilidades que les podrían ser reprochadas en los términos del art. 254 LS. De ahí la importancia del orden del día, tanto para los presentes como para los ausentes. Y de ahí también las características -claridad, precisión y suficiencia- que debe contener ese temario a fin de cumplir con las finalidades informativas que le son propias. Decir que la redacción del orden del día debe ser clara significa decir que debe ser fácilmente comprensible, y que no debe ser ambigua o susceptible de inducir a confusiones o malentendidos. A su vez, si de lo que se trata es de alertar a todos los accionistas acerca de cuáles habrán de ser las materias que se someterán a debate y decisión, es imprescindible que, como lo reconoce uniforme doctrina, los puntos sean precisos, lo cual conduce a desechar la validez de cualquier redacción abierta o incierta, como sería la de incluir un punto que consistiera en el *tratamiento de asuntos varios*, o en la *modificación de los estatutos* sin indicar cuál es el aspecto de éstos que se pretende alterar (Verón Alberto V., *Tratado de las sociedades anónimas*, La Ley, Buenos Aires, T. III, 2008, p. 799; Roitman, Horacio, *Ley de sociedades comerciales*, La Ley, Buenos Aires, T. IV, 2006, p. ; Nissen, Ricardo A., *Ley de sociedades comerciales*, anotada y concordada, Astrea, Buenos Aires, T. 2, 2011, p. 826; Molina Sandoval, Carlos A., *Tratado de las asambleas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 195, entre muchos otros). Interpretados los hechos del caso a la luz de lo expuesto, forzoso es concluir que lo decidido debe considerarse inválido. Por ello, la demanda ha de prosperar. No obstante, y siendo

que el demandado pudo creerse con derecho a resistir el reclamo en razón de las deficiencias destacadas por esta Sala antes de examinar el fondo de la cuestión, las costas se impondrán en el orden causado. V. Por lo expuesto, se resuelve: hacer lugar al recurso deducido por el actor y, en consecuencia, declarar la nulidad de lo decidido en el punto 2° de la asamblea del 6 de mayo de 2015 celebrada por la sociedad Blue Point SA, con costas en el orden causado. Notifíquese por Secretaría. Oportunamente, cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013. Hecho, devuélvase al Juzgado de primera instancia. EDUARDO R. MACHIN JULIA VILLANUEVA  
JUAN R. GARIBOTTO MANUEL R. TRUEBA PROSECRETARIO DE CÁMARA  
Correlaciones: Ley 19.550 - BO:25/04/1972 008473E