



ERREPAR, DSE, NRO. 274, TOMO XXII, SEPTIEMBRE 2010, PAG.977

“LA CONVOCATORIA A ASAMBLEA DE SOCIEDAD ANONIMA A PEDIDO DE UN SOCIO”.

**POR EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (PATER) Y
EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).**

Presentación:

En este trabajo sus autores analizan un tema que vincula la problemática de las asambleas de las sociedades por acciones con los derechos del socio cuál es el de la convocatoria a asamblea a pedido de éste.

Al efecto, partiendo de los fundamentos de ese derecho y de la ubicación de la convocatoria dentro de los diversos pasos asamblearios, consideran sucesivamente el pedido directo a la sociedad, sus requisitos y las consecuencias de su desatención consistentes en el pedido judicial o administrativo de convocatoria, precisando las formalidades y los procedimientos respectivos. Finalmente, señalan los límites al derecho del socio para pedir asamblea y su posible reglamentación estatutaria, formulando conclusiones de indudable interés tanto para la doctrina como para la práctica profesional.

1.-INTRODUCCIÓN.

El contrato de sociedad presenta como exigencia sustantiva para su configuración la existencia de tres “comunidades” entre las partes: a) aportes en común; b) gestión común;



y c) resultados en común, a los que se suma el denominado "affectio societatis", que desde el punto de vista legal no consiste en una relación afectiva o de confianza sino en una posición jurídicamente igualitaria entre los miembros, sin subordinación de uno a otro.

En caso de no presentarse alguno de tales elementos no se estará ante una sociedad sino ante otro contrato.

Es por eso que, como ya hemos tenido oportunidad de señalar, puede conceptuarse a la causa del contrato de sociedad como "el ejercicio en común de una o más actividades económicas para obtener un lucro que sea repartible entre los socios"¹.

De los elementos y causa referidos resultan determinados derechos del socio, entre los que pueden distinguirse dos clases²:

Por un lado, los derechos patrimoniales, a saber: la participación a) en el capital; b) en las utilidades; c) en el fondo de reserva; d) en la cuota de liquidación; y los derechos de: e) suscripción preferente en los aumentos de capital; y f) de negociación de la parte social (amplio en las sociedades por acciones y más o menos restringido en otros tipos sociales).

Por el otro, los derechos de carácter "para-político", a saber, de voz y voto, para la formación de la voluntad social; de gobierno, de administración, de control, de receso y el derecho de información del socio.

En este segundo plano de los derechos "para políticos" se ubica la posibilidad del socio de convocar a asamblea como un modo de participar en la gestión, tomar decisiones sobre la misma y controlar a los administradores.

2.-LA ASAMBLEA, CARACTERISTICAS Y ESQUEMA GENERAL DE SU ESTRUCTURA.

Como características de la asamblea de la sociedad anónima se han señalado su condición de órgano necesario de la sociedad, interno, no permanente, sujeto al principio mayoritario, integrado por accionistas, de naturaleza colegial, no soberano en tanto limitado por la ley, el orden jurídico, el estatuto y el interés social, con competencia exclusiva y decisiones obligatorias³.

1 Broseta Pont, Manuel "Manual de Derecho Mercantil", Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pag. 164. Ver también Germán, C. Daniel "Objeto y causa de las sociedades comerciales", Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, pag.117.

2 Favier Dubois (p), E.M. "Sociedades Comerciales. Parte general. Integración empresarial y contratos de colaboración", Ed. El Coloquio, Bs.As., 1984, pag.152, nro.10.5.2.

3 Ver Favier Dubois (h), E.M. "La asamblea de la sociedad anónima. Características fundamentales", Errepar, DSE, abril 1989, tomo I, pag. 275 y stes.



Asimismo, el esquema general del acto asambleario supone diversos pasos sucesivos, a saber: a) la convocatoria; b) la publicación; c) las formalidades previas a la reunión (comunicaciones de asistencia, registro, cierre, depósito de estados contables en su caso); d) la reunión en sí misma (asistencias, cierre del registro, constitución de la asamblea, orden del día, deliberaciones, votaciones y clausura); y e) la confección y suscripción del acta en el libro respectivo⁴.

Como se advierte, la convocatoria es el primer paso y supone una decisión en tal sentido del directorio o del síndico, sea por disposición legal, por iniciativa propia, o a pedido de accionistas.

3.-NORMATIVA DE LA CONVOCATORIA POR EL SOCIO.

Dispone el art. 236 de la ley 19.550 que "Las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio o el síndico...cuando sean requeridas por accionistas que representen por lo menos el cinco por ciento (5%) del capital social, si los estatutos no fijaran una representación menor. En este último supuesto la petición indicará los temas a tratar y el directorio o el síndico convocará la asamblea para que se celebre en el plazo máximo de cuarenta (40) días de recibida la solicitud. Si el directorio o el síndico omite hacerlo, la convocatoria podrá hacerse por la autoridad de contralor o judicialmente".

4.-EL PEDIDO DEL SOCIO A LA SOCIEDAD.

4.1.- REQUISITOS FORMALES DEL PEDIDO.

El pedido de convocatoria debe ser expreso, por escrito, conteniendo detalladamente los puntos del orden del día propuestos.

El socio deberá indicar su condición de tal y la cantidad de acciones que posee.

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.

⁴ Ver Favier Dubois (h), E.M. "Clases de asambleas de sociedades por acciones", Errepar, DSE, t.II, pag. 21 y stes.-



El socio, o en su caso los socios peticionantes en conjunto, debe poseer acciones que representen por lo menos el 5% del capital o el menor porcentaje que autoricen los estatutos.

4.2.-CONSIDERACION POR LA SOCIEDAD

La doctrina ha señalado con claridad que el directorio simplemente debe limitarse a poner en acción las medidas pertinentes para que el acto asambleario pueda celebrarse: "Sasot Betes y Sasot entienden que el cumplimiento de la obligación de convocar la asamblea pedida por el accionista, no requiere del directorio un acto declarativo de aprobación o rechazo, o sea que no es necesaria su actuación como órgano, sino simplemente la puesta en acción de las medidas pertinentes para que el acto asambleario pueda celebrarse".⁵

Sin embargo juzgamos claro que el directorio puede: a) agregar otros temas al orden del día sin que ello implique desnaturalizar la finalidad de la convocatoria; b) negarse a dar curso favorable al pedido si existiere una clara circunstancia de abuso, resultante del propio pedido o tasada en la reglamentación societaria que pudiere existir (ver caps. 7 y 8).

4.3.-PLAZO PARA CONVOCAR.

El plazo de cuarenta días fijado por la ley no es para convocar sino para que la asamblea se realice por lo que el directorio deberá convocarla con la premura suficiente.

En torno al plazo, debe tenerse presente que como destaca Mascheroni que "... el plazo de referencia rige no sólo para la convocatoria, sino para la celebración de la asamblea pedida por los accionistas que reúnan el mínimo previsto por el artículo 236"⁶

El plazo es de días corridos.

4.4.-CONSECUENCIAS DE LA OMISION O NEGATIVA A CONVOCAR LA ASAMBLEA.

El rechazo, silencio u omisión frente al pedido de convocatoria a asamblea puede dar lugar a las siguientes consecuencias:

a) Pedido de convocatoria judicial o administrativa.

⁵ Llugdar, María Graciela, "Convocatoria Judicial a asamblea", en "IX Congreso Argentino de Derecho Societario", Ed. Universidad Nacional de Tucumán, Tucuman, 2004, tomo IV, p. 341.

⁶ Mascheroni, Fernando H. "La asamblea en la sociedad anónima", Editorial Universidad, pág. 31.-



Si el directorio rechaza indebidamente el pedido de convocatorio o no contesta el mismo, procede que el accionista la peticione por vía judicial o por vía administrativa conforme a la última parte del art. 236 citado.

b) La opción por una u otra vía y sus relaciones.

En cuanto a cuál es la mejor vía, depende de las circunstancias de cada caso.

La convocatoria judicial presenta tiempos más veloces, no está sujeta a interferencias y permite contar con medidas compulsivas de que no dispone la autoridad administrativa en forma directa, como las relativas a los elementos para realizar la asamblea (libros, registros, etc.). Sin embargo, es más onerosa considerando los honorarios del interventor y el eventual alquiler de un lugar para realizar la asamblea.

Por su lado, la convocatoria administrativa puede permitir contar con un mayor grado de especialización para considerar las cuestiones propuestas cuando son técnicamente complejas, es siempre "inaudita parte", es menos onerosa porque no hay honorarios de inspectores y la asamblea se hace en la sede de la I.G.J., pero carece de medidas compulsivas directas, los tiempos son mas lentos y puede haber interferencias por alguna medida judicial o denuncias y recursos administrativos que la compliquen.

Ahora bien, se discuta si iniciada una vía puede intentarse otra. Por nuestra parte damos respuesta afirmativa en el sentido de que una denegatoria administrativa habilitaría la vía judicial, pero no en sentido contrario.

Tampoco consideramos aplicable el art. 22 del Dec. 1493/82, que dispone que si existe una denuncia en trámite la misma se paraliza si hay litis trabada sobre el mismo hecho, en tanto el pedido de convocatoria administrativa no es una denuncia sino una acción autónoma.

b) Costas y gastos.

Las costas del procedimiento judicial de convocatoria a asamblea deben ser impuestas a la sociedad, dada la actuación omisiva del directorio: "Las costas del procedimiento deben ser



impuestas a la sociedad, habida cuenta de que fue la actuación omisiva de sus órganos lo que obligó al accionista a reclamar a la justicia el concreto ejercicio de sus derechos⁷.

Ello sin perjuicio del derecho de la sociedad de repetir esas costas de quien fuera responsable de tal manera de proceder”.⁸

Igualmente, en caso de convocatoria por la autoridad de contralor, el peticionante tendrá derecho a reclamar, por la vía respectiva, las tasas y gastos que esa medida irroque.

c) Configuración de mal desempeño de los administradores.

La falta de convocatoria a asamblea a pedido de un socio, cuando están dados los requisitos legales para que proceda, constituye un mal desempeño de los administradores (o del síndico en su caso), en los términos de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550, lo que puede dar lugar a una acción de daños y, según su relevancia o la sumatoria de otras conductas, a la remoción por mal desempeño.

d) Multa administrativa.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, la falta de convocatoria implica una violación de la ley por parte de los directores (y/o síndicos), lo que autoriza a solicitar ante la autoridad de contralor la aplicación de una sanción en los términos del art. 302 de la ley 19.550⁹, habiéndose establecido por la I.G.J. la sanción de multa por el máximo previsto en caso de negativa indebida a convocar a asamblea por parte del directorio o la sindicatura (art. 160 de la R.G. 7/05 de la I.G.J.).

5.-LA CONVOCATORIA JUDICIAL DE ASAMBLEA.

5.1.-NATURALEZA PROCESAL.

7 CNCom, Sala A, 15/07/08, “Benac, Cecilia del C. c/antigua San Roque SRL s/convocatoria judicial”; id. Sala C, 5/4/05, “Comfin SA c/Pesquera Olivos SA s/medida precautoria”; id. Sala E, 1/11/95, “Madero de Seeber María A., y otros c/Haras Argentina SA s/medida precautoria”; id., id., 23/10/97, “Estrin, Roberto M. c/Polo Ralph Laurent Sudamericana SA s/sumario”.

8 Nissen, Ricardo Augusto, Ley de sociedades comerciales, Ed. Astrea, Bs.As., 2010, t.2, pág. 725.

9 Ver de los autores “Los conflictos societarios en el ámbito de la Inspección General de Justicia”, Errepar, DSE, nro 269, tomo XXII, abril 2010, pag.340 y stes.



Sostiene la doctrina que la causa en la que se pretende la convocatoria judicial de una asamblea debe tramitarse como acto de jurisdicción voluntaria ¹⁰

Así, lo vuelve a reafirmar Nissen: "la naturaleza voluntaria del proceso contenido en la norma en análisis es cuestión que no ofrece la menor discusión, calificación que tiene enormes efectos en lo que se refiere al régimen de apelación de la resolución que resuelve la convocatoria y en materia de regulación de honorarios". ¹¹

En tal sentido, tiene dicho la Suprema Corte de Justicia (Pcia. Bs.As.): El art. 236 de la ley 19.550 regula el requerimiento al órgano jurisdiccional de la convocatoria a asamblea a los fines que la misma no se frustre por la posición omisiva del directorio o de la sindicatura, dados los presupuestos que esa norma establece. Así pues, dicha solicitud jurisdiccional resulta un procedimiento "inaudita parte", sin contradicción, pues ésta, de existir, puede plantearse en oportunidad de la asamblea a realizarse ¹²

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina ¹³ Al respecto, ha dicho la jurisprudencia que: "el pedido de convocatoria judicial de asamblea no es un procedimiento contencioso, sino voluntario, frente al cual el juez ordena sin mas tramite, verificada la concurrencia de ciertos extremos, la realización del acto ¹⁴

Cabe resaltar aquí tal como lo ha sostenido la Excma. Cámara que: "El legislador no ha podido pensar que un procedimiento sumario en el que la actuación judicial se limita a sustituir la inactividad, culposa o no, de los administradores, puedan permitir a estos formular oposición a la decisión judicial. El propósito de la ley ha sido prestar apoyo judicial al derecho del accionista a reunirse en junta general ordinaria en los plazos fijados por la ley o por los estatutos cuando ese derecho haya sido vulnerado o desconocido por los administradores en cuyas manos esta el convocar la junta, y si se permitiese a los accionistas ser parte en los procedimientos con los derechos procesales inherentes a esa

10 Nissen, Ricardo A. "Ley de sociedades comerciales. Comentada, anotada y concordada", T. 3, pág. 341, Ed. Abaco; Matta y Trejo, Guillermo A. "Sobre la convocatoria a asamblea de sociedades anónimas a pedido de accionista", LL 1985, D, 498; Man, Adriana C. "Algunas cuestiones sobre la convocatoria judicial a asamblea de accionistas", Doctrina societaria y concursal, Errepar, T. V, pág. 418; citados por Racciatti, Hernán (h.) y Romano Alberto A. "Trámite de la convocatoria judicial de asambleas", LL 1995-D, pág. 580.-

11 ver Nissen, Ricardo Augusto, Ley de sociedades comerciales, Ed. Astrea, Bs.As., 2010, t.2, pág. 717, con cita de abundante jurisprudencia.

12 cfr. SCJBA, Ac. 89.557, "Dignani, Raúl Luis c/ Barrio Parque San Ignacio S.A. Convocatoria de asamblea", del 3 de marzo de 2004.-

13 Verón, Alberto, "Sociedades Comerciales", t. 3, pág. 726, 1986, Ed. Astrea; Nissen, Ricardo, "Ley de Sociedades Comerciales", t. 3, pág. 342, 1994, Ed. Abaco.

14 cfr. Matta y Trejo, "Sobre la convocatoria a asamblea de sociedades anonimas a pedido de accionista", ll 1985-d-495; y conf. C.N.Com., Sala E, "Slucki Juana c/ Mairug S.C.A. s/ Diligencia preliminar", 45938/03, 15.02.05.



condición..., el objetivo de la ley quedaría totalmente frustrado, dilatándose indefinidamente la reunión de las juntas ordinarias cuando la ley ha arbitrado justamente el procedimiento de la convocatoria judicial para la rápida reunión de aquellas si los administradores, sin razón, se resisten a convocarla ¹⁵

También se señaló "La ley 19.550 guarda silencio respecto del régimen procedimental a seguir en el decreto de convocatoria judicial a asamblea. No es aplicable el art. 15 de la ley 19.550, por cuanto el pedido de convocatoria judicial no se compadece con la naturaleza de una acción contenciosa, sino que se trata de un requerimiento al órgano jurisdiccional para que la convocatoria a asamblea se realice y no se frustre por omisión o negativa del directorio o sindicatura. El pedido de convocatoria asamblea de accionistas no es un procedimiento contencioso sino voluntario, frente al cual el juez ordena, verificados ciertos recaudos, la realización del acto... No corresponde al Tribunal considerar el grado de conveniencia para la sociedad de la asamblea cuando convocatoria se pide, ni la procedencia de los temas que constituirán el Orden del Día ¹⁶

En cuanto a la naturaleza procesal del pedido, para la moderna doctrina procesal se trataría de una de las denominadas "medidas autosatisfactivas", o sea que requieren un pronunciamiento judicial y se agotan en sí mismas sin dar lugar a más recurso o acción¹⁷.

En el punto entendemos que existiendo una acción prevista por la ley de fondo no resulta necesario un dispositivo procesal específico para su admisión.

Finalmente, la convocatoria dispuesta por el juez es irrecurrible ya que ante el silencio de la ley, por vía analógica, estaría comprendida en el art. 781 del Código Procesal Civil y Comercial ¹⁸

5.2.-REQUISITOS DE LA PETICION.

15 conf. Garrigues - Uria, "Comentario", t. I, pág. 639 y 640) (conf. C.N.Com., Sala B, "Popritkin Norberto Benito c/ Salinera Popritkin S.A. s/ Sumario s/ Reconstrucción s/ Queja", 11563/03 - 01/12/2003 (lo resaltado me pertenece).

16 conf. C.N.Com., Sala B, "Rossi Jorge Omar c/ Sema S.A. s/ Sumario", 30.03.01.

17 En el caso "Rubio, Gonzalo Javier c/S.A. Agropecuaria Los Campos", C.N.Com., Sala A, 11-11-04, se rechazó la intervención de un accionista en forma individual en el trámite de la convocatoria judicial y calificada doctrina entendió que se trataba de una medida autosatisfactiva alternativa al art. 236 L.S. (Molina Sandoval, Carlos A. "Convergencias entre la convocatoria judicial asamblearia y las medidas procesales", El Derecho del 16-12-05, pag.1); Comp. Perez Catón, Alvaro "Las medidas autosatisfactivas como vía idónea para el reconocimiento del derecho de información del socio", y Velez, Héctor Guillermo y Gatani, Hugo Remo "Las medidas autosatisfactivas como vías procesales hábiles para el ejercicio del derecho de información", ambos trabajos en "IX Congreso de Derecho Societario", tomo IV, pags. 427 y 495.

18 ver, Nissen, Ricardo Augusto, Ley de sociedades comerciales, Ed. Astrea, Bs.As., 2010, t.2, pág. 717.



La petición judicial debe contener, en lo pertinente, los requisitos de una demanda (por escrito, firma de letrado, tasa de justicia indeterminada, bono, etc.) consignando claramente el nombre y domicilio del actor (accionista), el nombre y domicilio del demandado (la sociedad), el objeto (la convocatoria a asamblea con su orden del día), los hechos antecedentes (el pedido director a la sociedad y su fracaso), el derecho (art. 236 L.S.), y la pretensión (se disponga la convocatoria y las medidas para hacerla efectiva).

Además, del pedido deben resultar justificados los siguientes requisitos:

a) Ser el peticionante titular de una participación social que represente como mínimo el 5 % del capital social.

Ello se acreditará con la agregación de las acciones (o copia certificada) y de los estatutos de donde resulte su proporcionalidad respecto del capital social.

Sin perjuicio de ello, la calidad de accionista y el porcentaje no pueden ser desconocidos si la sociedad expresamente los reconoció en un acta o en el intercambio epistolar.

Al respecto se ha sostenido que "Resulta improcedente desconocer la calidad de accionista de la sociedad a los efectos de obtener el dictado de cierta medida preliminar cuando del acta de una asamblea de la sociedad surge que aquella suscribió un número determinado de acciones y ello fue reconocido por la propia sociedad mediante una carta documento."¹⁹

Ahora bien, el derecho a pedir convocatoria de asamblea, al igual que el derecho del socio al exámen de la información documental, recién existe desde que el accionista adquiere esa condición²⁰ por lo que la jurisprudencia lo ha negado a quien invoca haber adquirido acciones nominativas si tal adquisición está controvertida seriamente y hasta tanto la transferencia haya sido registrada en los libros sociales al no considerarlo socio²¹.

En materia de condominio, la doctrina niega legitimación individual a los condóminos y en el usufructo, prenda y embargo de acciones, solo reconoce el derecho del nudo propietario y/o deudor titular de las acciones²².

19 "Auberge de Lille SA c/Porte Normandie SA s/ Diligencia Preliminar", C.N.Com., Sala B, 8/11/2002.

20 Romero Fernandez, Jesús A. "El derecho de información...", op.cit., pag.76.

21 C.N.Com., Sala D,12 de febrero de 2010,"Blanco Rodríguez, Víctor c/Cernadas y Fox S.C.A. s/medida precautoria".

22 Romero Fernandez, Jesus A. "El derecho de información...", op.cit., pag.87 en adelante.



En cambio, la misma doctrina admite el derecho al titular de acciones sin derecho a voto en tanto se trata de un derecho independiente²³.

Sin embargo, las acciones en mora carecen del derecho a pedir la convocatoria conforme a los arts. 37 y 192²⁴.

b) Haber requerido la convocatoria a los organismos societarios competentes al efecto.

Se trata del pedido referido en el cap.4, incluyendo el temario u orden del día Cabe recordar, en el punto que en la sociedad anónima la asamblea de accionistas no se autoconvoca²⁵ ni puede ser convocada por los accionistas en forma directa, sino que la ley atribuye tal competencia exclusiva al Directorio y a la Sindicatura (art. 236, LSC).-

Es por ello que la ley otorga al accionista el derecho de requerir a los órganos competentes que convoquen a la asamblea y, cuando no lo hicieren, requerirlo por vía administrativa o judicial.-

c) Falta de realización de la asamblea dentro de los 40 días del pedido.

Ante el requerimiento del accionista expuesto en los párrafos anteriores, la ley comercial prevé que la asamblea debe ser convocada para que se realice dentro de los 40 días (art. 236 LSC).

En caso contrario, sea por el vencimiento del plazo o aún antes cuando la convocatoria haya sido rechazada o resulte manifiestamente imposible en el término referido, queda habilitada la vía judicial para instar la reunión asamblearia.-

En cuanto al vencimiento del plazo, Zamenfeld indica que se trata de una pauta interpretativa que debe considerarse como tal, y dado que la asamblea debe celebrarse dentro de los 40 días, si se advierte que dentro de los primeros quince días la asamblea no

²³ Idem nota anterior, pag.83.

²⁴ Molina Sandoval, Carlos M., op.cit. pag. 156

²⁵ Conf. Criterio de la I.G.J. en los casos "Comital Convert S.A." y "Don Creciendo S.A.", citados por Nissen, Ricardo, op.cit., tomo 2, pag.711, nota 4.



se ha convocado, no será menester que se cumpla el período de cuarenta a que alude la ley para accionar ²⁶

En caso de rechazo, el mismo será suficiente para la procedencia del pedido judicial: “Lo único que exige la ley 19.550 al respecto es que el directorio o sindicatura hayan rechazado el pedio de convocatoria a asamblea efectuado por uno o varios accionistas, titulares de más del 5% del capital social, o que dicha pretensión no haya tenido la menor acogida por los órganos de la sociedad a los cuales la ley confiere la obligación de realizar esa convocatoria ²⁷.

También así lo ha entendido la doctrina: “Se trata de un plazo extenso y por ello debe tenerse en cuenta que la convocatoria judicial también sería procedente en los siguientes casos:iii) que el directorio o síndico comunique que no realizará la convocatoria peticionada” ²⁸

Entendemos que también procede la convocatoria judicial cuando existe imposibilidad de convocatoria por el directorio, por ejemplo en caso de abandono del cargo o fallecimiento del único director.

Finalmente, también reputamos procedente la convocatoria judicial a pedido del propio directorio en caso de conflicto dentro del mismo o cuando la autoridad de contralor le viene negando legitimación para hacerlo, alegando algún vicio de nombramiento, y como un modo de subsanar la situación²⁹.

d) El quid de la necesidad de fundar el pedido.

La ley no exige un fundamento para el pedido.

Sin embargo, como ya hemos señalado, entendemos que corresponde justificar el motivo de la convocatoria y del pedido judicial.

Al respecto, sostiene Zamenfeld que “Un requisito no indispensable, pero que sería de desear se impusiera –de lege ferenda-, debería ser la fundamentación del pedido pues, de

²⁶ cfr. Zamenfeld, Víctor “La convocatoria judicial -o administrativa- a asamblea”, LL 2004-E, 1096.-

²⁷ Nissen, Ricardo Augusto, Ley de sociedades comerciales, Ed. Astrea, Bs.As., 2010, t.2, pág. 723.

²⁸ Molina Sandoval, Carlos A., Tratado de las Asambleas, Abeledo Perrot, Gerli, Pcia. Bs.As., 2009, p. 160.

²⁹ Tal es el caso de la resolución en autos “Marino, Jose Alberto c/CE.GE.O S.A. s/sumarísimo”, de fecha 13-7-06, Juzgado Nac. Comercial Nro. 5 Sec.10, expte. 62.073, inédito.



tal modo, el juzgador en su caso –conociendo las posiciones de las partes antes de producido el requerimiento judicial- estaría mucho más cerca de la decisión y sería más expeditivo en la resolución que el caso merezca. Así, la fundamentación debe encontrarse siempre en la respuesta denegatoria, aunque no necesariamente en el pedido, siendo el único requisito calificable como sustancial, a diferencia de los restantes, de índole formal”.

30

5.3.-FACULTADES DEL JUEZ.

Siendo que la convocatoria no es obligación que opere en forma automática para el directorio, el juez siempre debe examinar el planteo de quienes lo piden, en tanto la convocatoria no procederá en ciertos supuestos abusivos, como cuando se tratan temas ya tratados, cuando se pretende plantear cuestiones que ya caducaron y/o se trata de temas propios de la competencia exclusiva del directorio³¹.

Como regla, las facultades del juez en este proceso se refieren al examen de los requisitos del art. 236 LSC antes mencionados, fundamentalmente del orden del día y de la negativa del directorio.

En cuanto al orden del día: El magistrado debe respetar el mismo, pues no le corresponde al tribunal considerar el grado de conveniencia para la sociedad que supone el orden del día indicado por el accionista actor, ni expedirse sobre la procedencia de los temas que lo componen³² salvo supuestos en que de la índole de lo solicitado puede desprenderse que se trata de una pretensión susceptible de afectar el orden público, que resulte manifiestamente ajeno al objeto social o que vulnere el recto orden de gobierno de la sociedad (arts. 16 a 20; 58 a 60, ley 19.550)³³

En el mismo sentido, en cuanto el juez no puede juzgar la procedencia del temario del orden del día, se ha dicho: “Su función es suplir la renuencia del directorio y no puede juzgar la procedencia del temario del orden del día; siempre que no se infrinja el art. 953

30 Zamenfeld, Víctor, La convocatoria judicial (o administrativa) a asamblea, La Ley, 03.08.04, p.1.

31 Zamenfeld, Víctor, op.cit., pag 2

32 C.N.Com.,I Sala B, 30/3/01, “Rossi, Jorge O. c/Senma SA s/sumario”; id., id., 9/3/06, “Pam SA Cia. Financiera s/incidente de convocatoria a asamblea, promovido por Alberto J. Pueyrredón s/queja”.

33 CNCom, Sala A, 5/7/07, “Farmacity SA s/convocatoria judicial a asamblea por Caraballo de Quintín, Claudia L.”; Nissen, Ricardo Augusto, Ley de sociedades comerciales, Ed. Astrea, Bs.As., 2010, t.2, pág. 722.



del Código Civil, ni adelantarse a sostener un avance de la decisión eventual de la asamblea sobre facultades propias del directorio y menos cuando esas facultades se hallan sujetas a discusión por parte de los peticionantes mismos”³⁴

Ello, sin perjuicio de las facultades del juez de hacer lugar o no al pedido conforme a los elementos reunidos en la causa y luego de escuchada la sociedad respecto de los fundamentos de su negativa (ver infra cap.5.4.b).

5.4.-PROCEDIMIENTO JUDICIAL.

a) Improcedencia de la mediación obligatoria.

En el trámite judicial no corresponde la mediación previa obligatoria conforme lo establece el art. 2º, inc. 7, de la Ley de Mediación 24.573.-

Al respecto, ha resuelto la jurisprudencia: “Más allá que durante su tramitación puedan suscitarse cuestiones controvertidas que merezcan una decisión judicial que las dirima, el pedido de convocatoria a asamblea constituye un requerimiento al órgano jurisdiccional que debe ser resuelto inaudita parte, por lo cual, cabe concluir que se trata de un proceso de carácter voluntario y, como tal, exceptuado del trámite de mediación obligatoria, en razón de la expresa disposición del art. 2, inc. 7 de la ley 24.573”.³⁵

b) Intervención de la sociedad en el trámite.

Si bien no corresponde dar “traslado” a la sociedad, en tanto no se trata de una acción contenciosa (ver cap.5.1), la práctica jurisprudencial, en algunos casos, ha consagrado la costumbre de conferirle una “vista” en forma previa a ordenar la convocatoria por criterios de conveniencia funcional³⁶ pero, en otros, se ha entendido que la convocatoria debe hacerse sin oír a la sociedad, o sea “inaudita parte”³⁷, y alguna doctrina considera que debe analizarse cada caso para ver si se dispone o no la vista³⁸.

34 María Graciela Llugdar, Convocatoria Judicial a asamblea, IX Congreso de Derecho Societario, t. 4, p. 345.

35 CNCom., Sala C, noviembre 10-1999- Portella, Ana María y otros c. Herpor, S.A. s/Diligencia preliminar-, ED 16.03.2000.

36 C.N.Com., Sala B, 30-4-01, “Grabenheimer s/Syntetic”; Sala A, 12-8-94 “Cuevas Cabrero c/IMI Siglo XXI S.A.”.

37 C.N.Com., Sala A, 30-3-01, “Lodeiro de Lopez c/Garay 1182 SRL”, LL 2001-D-340; y Sala C, 7-5-02, “Klein, Enrique c/Aswell S.A.”, ED 198-243.

38 Racciatti-Romano “LL 1995-D, 580.



Por nuestra parte entendemos que la vista es necesaria tanto para anotar a la sociedad como para que el juez conozca si la convocatoria ya se hizo, la seriedad del motivo alegado por ésta para no hacerla o lo reglamentado en el estatuto al respecto.

Tal vista tiene por objeto dar la oportunidad a la sociedad de ser escuchada sobre los requisitos sustantivos, tales como la calidad de socio del peticionante o la negativa del directorio a convocar la asamblea.

Ello no implica legitimar la intervención de algún accionista a nivel personal³⁹.

La respuesta de la sociedad no convertirá el trámite en contencioso debiendo el Tribunal resolver, haciendo lugar a la convocatoria o denegándola, en base a la apariencia de derecho, tal como si se tratara de una medida cautelar (*fumus bonus iuris*)

c) Designación de un funcionario judicial y facultades.

Conforme con lo establecido por el art. 242, segunda parte, de la ley 19.550, el juez debe designar un funcionario para que presida la asamblea.

Ahora bien, una asamblea requiere, además de una presidencia, el cumplimiento de varios pasos previos indispensables, tales como la fijación de un día, hora y lugar para su realización, la publicación de edictos, la recepción de comunicaciones de asistencia, la comprobación de que quienes comunican son accionistas, su anotación en el libro de registro de acciones y la anotación de las asistencias en el libro respectivo⁴⁰.

Por tales motivos el tribunal debe designar a los fines de los actos preparatorios y de presidir la asamblea, a un funcionario que, generalmente, es un abogado que actúa "ad hoc" en un rol similar al de un interventor con facultades especiales.

A esos fines se ha señalado que: "Tratándose de una convocatoria judicial a asamblea de accionistas dispuesta contra la voluntad del ente societario, resulta admisible la designación de un oficial de justicia ad hoc para que garantice con su presencia la regular

39 En el caso "Rubio, Gonzalo Javier c/S.A. Agropecuaria Los Campos", C.N.Com., Sala A, 11-11-04, se rechazó la intervención de un accionista en forma individual en el trámite de la convocatoria judicial. Verlo con comentario de Molina Sandoval, Carlos A. "Convergencias entre la convocatoria judicial asamblearia y las medidas procesales", en El Derecho del 16-12-05, pag.1 y stes.

40 Respecto de las funciones del presidente-interventor judicial resultan ilustrativas las que el art. 159 de la R.G. 7/05 atribuye al inspector designado para presidir la asamblea en caso de convocatoria administrativa (ver infra).



constitución de la asamblea y su normal desenvolvimiento, asegurando así el debido cumplimiento de la manda judicial ⁴¹.

El funcionario designado estudiará el caso, recabará del peticionante, de la sociedad o de la I.G.J., los antecedentes de la sociedad y fijará día hora y lugar para la asamblea, como así un lugar para que se cursen las comunicaciones de asistencia.

Al mismo tiempo deberá requerir los libros sociales de Registro de Acciones, Registro de Asistencia a Asambleas, Actas de directorio y Actas de asamblea, además de los libros contables que pudieran corresponder según el orden del día propuesto, los que deberán presentársele con la anticipación necesaria.

Igualmente, solicitará a la actora los fondos para la publicación de los edictos y para los demás gastos previos que deba afrontar.

La convocatoria judicial no obsta a que se solicite la presencia de inspectores de la I.G.J. en la asamblea, o que asistan escribanos a propuesta de las partes, sin perjuicio de que en caso de discrepancia sobre lo acontecido, la versión del interventor judicial deberá tener prioridad por ser el fedatario específico.

5.5.-NEGATIVA DE COLABORACION POR LA SOCIEDAD.

Respecto de este punto la doctrina es clara: "Como principio general, y como hemos ya afirmado, el directorio carece de facultades para oponerse a la decisión que ordenó la convocatoria judicial a una asamblea de accionistas y por ello no puede ni siquiera proponer la modificación del orden del día que fijó el juez en la referida resolución ⁴²

Puede ocurrir que la sociedad no colabore, sea negando los libros al interventor, sea negando la sede social o de otra forma.

También puede ocurrir que, por vacancia o abandono, nadie pueda contestar a los requerimientos judiciales.

⁴¹ conf. C.N.Com., Sala C, "Mariño Jorge M. c/ South American Pilot", BD 30.09.97.

⁴² Halperín, Sociedades anónimas, p. 566; Sasot Betes-Sasot, Sociedades anónimas. Las asambleas p. 46; Nissen, Ricardo Augusto, Ley de sociedades comerciales, Ed. Astrea, Bs.As., 2010, t.2, pág. 721.



Se señalan a continuación algunos efectos posibles de la desatención por la sociedad que, de algún modo, constituyen el apercibimiento legal de la medida.

1.-Ampliación de las facultades del interventor-presidente para que intervenga en la administración de la sociedad, como co-administrador, al solo efecto de obtener compulsivamente los elementos necesarios para realizar la asamblea⁴³.

2.-Sanciones conminatorias, en los términos del art.37 del código procesal.

3.-En caso de desaparición de los libros, autorizar a que los registros y actos asamblearios se cumplan en forma notarial, en la medida que ello sea posible⁴⁴, y/o la reconstrucción y/o la rubricación de los nuevos libros que sean indispensables para realizar la asamblea.

4.-Pase a penal: Para el caso que la negativa de los accionados impida el cumplimiento de la medida solicitada, también puede solicitarse la remisión de las actuaciones a sede penal, habida cuenta la tipificación de la conducta de los mismos en el art. 240 del Código Penal.

6.-LA CONVOCATORIA A ASAMBLEA POR LA AUTORIDAD DE CONTRALOR.

6.1.-REGLAMENTACION ESPECÍFICA.

Además de lo establecido por la ley 19.550 (arts. 236 in fine y 242, segunda parte), se destacan los arts. 156 a 160 de la Resolución General 7/05 de la Inspección General de Justicia de la Capital Federal que reglamentan la convocatoria a asamblea por dicho ente.

Dichas normas disponen:

a) Que para peticionar la convocatoria administrativa hayan pasado diez días corridos desde el pedido a la sociedad por medio fehaciente, y la solicitud no haya sido respondida, denegada sin fundamento o que no haya podido reunirse el directorio por falta de quórum (art. 156 inc.2º)

b) Una petición a la I.G.J. con patrocinio letrado e indicación de un orden del día coincidente con el que se pidió a la sociedad (art. 157, primera parte).

⁴³ Ver el caso de la exhibición de libros análogicamente aplicable:C.N.Com., Sala D, 11-11-99, "Blajeán Bent, Enrique M. c/Ye Olde S.A. s/medida precautoria", Ver Nissen, Ricardo A. "Ley..." op.cit., tomo I, pag.604.

⁴⁴ Ver el art. 83 de la RG 7/05 que autoriza la adopción de resoluciones sociales por escritura pública, por carencia de libros de actas y asistencia, mientras no esté controvertida la calidad de socio de quien tiene un voto determinante para la voluntad social.



- c) Resolución de la I.G.J. disponiendo la convocatoria, su carácter, el orden del día, fecha, hora y lugar (que como regla será la sede de la I.G.J.).
- d) El requerimiento a la sociedad de los libros y documentación necesarios, a presentar quince días antes de la asamblea (art.157, segunda parte).
- e) La convocatoria administrativa se impone por sobre cualquier otra del directorio que no tenga fecha cierta anterior a la de la solicitud (art.158).
- f) Se consignan las facultades de inspector designado para presidir la asamblea que comprende actividades anteriores a la asamblea (efectuar o controlar las comunicaciones de asistencia, nota de cierre, publicidad previa, etc.), de su propio desarrollo (declarar constituida, presidir, expulsar a quienes impidan el desarrollo, recibir votos, clausurar, etc.) y posteriores (intervenir en la redacción del acta y firmarla con los accionistas designados, etc.) (art.159).
- g) Se prevé la imposición del máximo de la multa previsto para el caso de frustración u obstrucción a la realización de la asamblea una vez dispuesta por la I.G.J., antes o durante su desarrollo (art. 160).

Cabe agregar, por nuestra parte, que también es inapelable la convocatoria administrativa a asamblea según ha señalado la jurisprudencia⁴⁵.

6.2.-EL PEDIDO DE CONVOCATORIA POR UN FIDUCIARIO.

En un caso en que un fiduciario solicitó la convocatoria a asamblea a la Inspección General de Justicia, dicho organismo rechazó el pedido al advertir que se trataba de un fideicomiso de garantía de las acciones mayoritarias por una deuda contraída por la sociedad y en la cuál el fiduciario era el propio acreedor.

Al respecto, la resolución de la Inspección General de Justicia en el caso "*Buenos Aires Broadcast S.A.*"⁴⁶, expresó claramente que si bien la ley 19550 no previó en su seno el fideicomiso de acciones, pues la ley 24.441 es muy posterior al ordenamiento societario

45 C.N.Com., Sala D, 19-10-04, "Cerrito Car S.A c/I.G.J."

46 Resolución 820/2005 del 29-8-05, Expte. 658.004, comentada por Favier Dubois (p), E.M. "Fideicomiso de acciones como negocio parasocietario", Errepar, DSE, nro.215, octubre/05, t.XVII, pag.1247.



vigente, sí estableció, en torno a la prenda de acciones, que los derechos políticos y patrimoniales pertenecen al nudo propietario, lo cual es desde todo punto de vista razonable, pues sería ilusorio pensar que, de haberse adoptado la solución contraria, la actuación del acreedor prendario estaría orientada a favor del interés social y no del suyo particular⁴⁷, de exclusiva naturaleza creditoria, no debiéndose olvidar al respecto que, como lo ha sostenido la jurisprudencia en forma reiterada, las decisiones asamblearias deben adoptarse de acuerdo al interés social; y que si la prenda de acciones no permite al acreedor prendario el ejercicio de los derechos de socio ⁴⁸ ni admite que aquel pueda convertirse en el propietario de las acciones del deudor, ante el incumplimiento por éste de las obligaciones emergentes del contrato subyacente, mal pueden superarse tales escollos legales mediante el sencillo expediente de disfrazar a la prenda mediante el ropaje del fideicomiso⁴⁹.

7.-LIMITES DEL DERECHO A PEDIR CONVOCATORIA.

El derecho de pedir la convocatoria de asamblea por el socio, si bien presenta un componente individual relativo a la tutela de su inversión (derechos patrimoniales), el instituto se ordena también al interés social en el debido ejercicio del voto (derechos para políticos), no pudiendo en ningún caso ejercerse en forma abusiva contra los intereses de la sociedad y/o para la satisfacción de intereses extra sociales.⁵⁰

De tal suerte, la situación de abuso de derecho, contemplada con carácter general por el art. 1071 del código civil, se presentará cuando se solicite una convocatoria a asamblea respecto de temas ya resueltos por una inmediata y anterior, o se hagan los pedidos de distintas asambleas en forma sucesiva y constante cuando podrían pedirse el tratamiento de todos los puntos del orden del día de una sola vez, o cuando se planteen cuestiones sobre las que ya se expidió la asamblea y caducaron las acciones impugnatorias, o cuando

47 Ver Cabanellas de las Cuevas, Guillermo "Fideicomiso de garantía sobre acciones", en El fideicomiso de garantía (autores varios), Ed. Heliasta, Bs.As. 2008, pag. 419.

48 Art. 219 de la ley 19550

49 Por eso la R.G. 2/06 de la I.G.J. exige la individualización de todas las partes del fideicomiso y de las relaciones entre éstas, lo que debe hacer el dictaminante al inscribir un acto asambleario en el que haya participado un fiduciario. Ver de los autores "La transferencia fiduciaria de acciones de sociedad anónima", Errepar, DSE, nro. 268, tomo XXII, marzo 2010, pag.229.

50 Comp. Romero Fernandez, Jesús A. "El derecho de información...". Op.cit. pag.78.



se trata de materias de competencia exclusiva del directorio⁵¹ o claramente improcedentes o contrarias al interés social.

En definitiva, hay abuso cuando hay extralimitación en el ejercicio del derecho de pedir convocatoria, lo que autoriza a los administradores a denegarla, sin perjuicio de la ulterior revisión judicial de la situación⁵².

8.-LA REGLAMENTACION SOCIETARIA DE LA CONVOCATORIA.

Los detalles de organización de la preparación y desarrollo de las asambleas, incluyendo el pedido de convocatoria por un socio, constituyen materias susceptibles de ser incluidas en los reglamentos societarios previstos por el art. 5º de la ley 19.550⁵³ tal como señala calificada doctrina⁵⁴.

Al respecto, entendemos que tal reglamentación no solo es posible, tal como lo demuestra el propio art. 236 que admite la reducción del porcentaje accionario para pedir la convocatoria por vía de previsión contractual, sino conveniente en interés de la sociedad y de los socios, de modo de evitar, tanto conflictos derivados del pedido de convocatoria, como situaciones de abuso por infracción a los límites, conforme se desarrolló en el capítulo anterior.

La reglamentación, en el caso de una sociedad anónima que haya prescindido de la sindicatura, podría contemplar los siguientes puntos:

- a) La legitimación para pedir la convocatoria, pudiendo establecer una cantidad de acciones menor a la exigida por la ley y denegar el pedido de convocatoria al condómino, al usufructuario, al embargante, al fiduciario de garantía y al accionista moroso.
- b) Las formalidades de la petición, exigiendo fundamentos y detalle del orden del día.
- c) Los plazos para que el directorio se reúna y decida sobre la convocatoria.
- d) La soportación de los gastos de publicación.

51 Ver Halperin, Isaac, "Sociedades Anónimas", Ed. Depalma, Bs.As. 1978, pag.566.

52 Comp. Esteban Velasco, G. "Derecho de Información", citado por Sanchez Ruiz, Mercedes "Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital", Ed. Aranzadi, Navarra (España), 2000, pag. 196.

53 Ver de los autores ""El reglamento del directorio en la Sociedad Anónima", Errepar, DSE, nro. 271, tomo XXII, julio 2010, pag.704.

54 Molina Sandoval, Carlos M. op.cit. pag. 154.



- e) Los días, horas y lugares en que tendrán lugar las asambleas.
- f) Las causales de denegatoria por el directorio, como podrían ser los casos en que se solicite una convocatoria a asamblea respecto de temas ya resueltos por una inmediata y anterior, o se hagan los pedidos de distintas asambleas en forma sucesiva y constante cuando podrían pedirse el tratamiento de todos los puntos del orden del día de una sola vez, o cuando se planteen cuestiones sobre las que ya se expidió la asamblea y caducaron las acciones impugnatorias, o cuando se trata de materias de competencia exclusiva del directorio

9.-CONCLUSIONES.

En base a las consideraciones precedentes, y siempre con carácter de propuestas⁵⁵ sujetas a la dialéctica del pensamiento, formulamos las siguientes conclusiones:

- El derecho del accionista a peticionar la convocatoria a asamblea es un derecho parapolítico vinculado a su participación en la gestión, en la toma de decisiones y en el control de los administradores.
- Carecen del derecho a pedir la convocatoria a asamblea los titulares de acciones en mora, los condóminos individualmente, el usufructuario, el acreedor prendario y el fiduciario de garantía cuando la relación reemplaza a la prenda.
- La negativa infundada del directorio a hacer lugar a la convocatoria habilita los procedimientos de convocatoria administrativa o judicial, le impone las costas y gastos de los mismos, configura causal de mal desempeño y autoriza la aplicación de una multa administrativa.
- La convocatoria judicial de asamblea es un acto de jurisdicción voluntaria, de naturaleza "autosatisfactiva" donde resulta pertinente escuchar a la sociedad antes de disponer la convocatoria.
- La negativa de la sociedad a colaborar con la convocatoria judicial puede dar lugar a su intervención a tales fines, a sanciones conminatorias, al uso de registros y actos notariales, a la rubricación de nuevos libros y a denuncia penal por desobediencia.

⁵⁵ Agradeceremos recibir opiniones y comentarios en el correo: "emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com"



- La convocatoria administrativa de asamblea está expresamente regulada por la I.G.J., se hace inaudita parte, le confiere al inspector a cargo amplias facultades y prevé multas para la frustración u obstrucción del acto asambleario.
- Ni la decisión de convocatoria administrativa ni la judicial son apelables.
- El derecho a pedir la convocatoria a asamblea reconoce como límites situaciones de abuso de derecho o de interés social.
- Resulta conveniente y legalmente admisible la reglamentación del derecho de los socios a pedir la convocatoria a asamblea por parte del estatuto o del reglamento societario, en interés de la sociedad y de los propios socios.

FINIS CORONAT OPUS.