

SOCIEDADES ANÓNIMAS: VACANCIA Y REINTEGRACIÓN DEL DIRECTORIO. FUNCIÓN DE LA SINDICATURA

MARCELO ALEJANDRO SALEME MURAD

RESUMEN

Se analiza el significado del término “vacancia” del Directorio dentro del contexto de la LSC y la vida empresarial. La Vacancia como Institución societaria.

Se analiza la función de la Sindicatura en virtud de la disposición del artículo 258 LSC, dentro del marco general de deberes de la Sindicatura.

Se estudia el encuadramiento de la función del órgano de fiscalización para designación de directores, sus causas y efectos.

Se analiza la función de la Inspección General de Justicia ante la posible irregularidad societaria ocasionada por la vacancia de parte o todo el Directorio.

D) VACANCIA COMO INSTITUCIÓN SOCIETARIA

El concepto de “vacancia”, así como otros términos que usualmente se utilizan en Derecho, merece determinarse con precisión.

Muchas veces se asimila “Vacancia” únicamente a “ausencia definitiva”; como sinónimo de fallecimiento, o de ausencia con presunción de fallecimiento. También se la asimila solamente con los casos de remoción o renuncia del Director.

No obstante, el término “vacancia” es más amplio. Se cumple, en nuestro entender, cuando el Director está ausente y no cumple con sus funciones, cualquiera sea la razón que lo motive, si es previsible que ése incumplimiento no se subsanará en un plazo razonable. Es la falta acompañada de incumplimiento.

Necesariamente sustentan la vacancia la suma de dos términos: ausencia e incumplimiento de funciones. Basta la simple ausencia junto al incumplimiento de funciones por un plazo que tenga entidad suficiente para influir en la marcha de los negocios, para que se configuren los presupuestos fácticos de la vacancia.

La longitud del plazo de ausencia con incumplimiento de las funciones, es tal vez lo más difícil de definir. Entiendo que la ausencia, para ser causal de vacancia, debe ser medida en relación a tres parámetros:

- a) El término por el cual se eligió al Director ausente.
- b) El término que falta cumplir en el cargo al Director ausente.
- c) Otras circunstancias que exijan inmediata actuación del Director ausente.

La razón de ser de la institución de la vacancia no obedece a la conveniencia y posibilidades del Director, sino sobre todo a la conveniencia de la Sociedad. No debe confundirse tampoco con el incumplimiento de los deberes del Director.

Es decir, que la vacancia como institución societaria no se subsana por las circunstancias justificativas que pueda alegar el Director ausente, si es que lo hace, o que puedan aquejarle; sino que obedece a las necesidades de la Sociedad, a las que los órganos sociales no pueden permanecer indiferentes.

Sin perjuicio de las innumerables causas de ausencia, que pue-

dan llevar o no a la vacancia, la justificación de la ausencia por el Director puede no ser suficiente para evitar la vacancia; aunque influirá lógicamente en la valoración que haga posteriormente la Asamblea sobre la conducta del Director. Tampoco debe descartarse que el propio Director cuya vacancia ha sido declarada, puede posteriormente impugnar de nulidad la decisión, quedando para discusión posterior si puede ser repuesto judicialmente en su cargo o sólo le cabe acción de daños y perjuicios; dependiendo ello de si ya ha sido reemplazado por la Asamblea; en cuyo caso no podría reponérselo.

Digo entonces que son dos los hechos jurídicos que deben necesariamente producirse simultáneamente, los que dan causa a la vacancia: ausencia (como “falta”), e incumplimiento de los deberes y funciones del cargo de Director.

No obstante, la vacancia como institución, contra lo que pudiera parecer in limine, no es una circunstancia de hecho; sino que necesita declaración previa de un órgano societario facultado para ello; es decir, del Directorio (si la vacancia es parcial), de la Sindicatura, o de la Asamblea. En el caso extremo, y sólo ante la inacción de los órganos societarios previamente intimados, la declaración de vacancia puede provenir de la Inspección General de Justicia; extremo sobre el cual más abajo amplió; o de juez competente.

La declaración de vacancia debe estar siempre muy justificada, y podrá ser posteriormente considerada por la Asamblea, si no fue éste Órgano quien la declaró a priori. A fin de no discutir sobre el término “criterio restrictivo” que tanto ha dado que hablar a la Doctrina, podemos afirmar que se deberá acudir a la declaración de vacancia cuando, dados los extremos fácticos señalados, no quede otro remedio disponible y se obre en beneficio de la Sociedad.

Digo entonces: Vacancia es una INSTITUCIÓN del Derecho Societario, establecida en beneficio de la Sociedad, que requiere como causa dos hechos jurídicos simultáneos (ausencia e incumplimiento) y se perfecciona mediante un acto jurídico posterior para producirse (declaración por órgano competente); declaración que a la postre viene a ser constitutiva.

II) FUNCIÓN DE LA SINDICATURA ANTE LA VACANCIA DEL DIRECTORIO: EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 258, 2º PÁRRAFO LSC.

El artículo 258, 2º Párrafo LSC impone a la Sindicatura el deber de obrar frente a la vacante del Directorio que no se subsana por otros medios. La legitimación de la Sindicatura es, pues, inobjetable. Si bien, como señala claramente Suárez Anzorena, el término “Síndicos” en el texto legal es criticable, no puede entenderse sino como sinónimo de Sindicatura, unipersonal o colegiada.

La función de reintegrar el Directorio por la Sindicatura tiene su origen en la función de control del Organo de Fiscalización. Si bien prestigiosa doctrina la coloca como función de gobierno, como un desgajamiento de la facultad de la Asamblea puesto que el Síndico no es otra cosa más que un representante de los accionistas a los fines del 55 LSC, sólo concordamos parcialmente con esa afirmación.

Es cierto que se manifiesta como función de gobierno pues se trata de designación reservada a la Asamblea Ordinaria (art. 234 inc.2 LSC), pero nace de la obligación del Síndico de controlar el correcto funcionamiento del Directorio; y de la necesidad de subsanar la vacancia antes de que se produzcan perjuicios irreparables para la Sociedad. Pero es el control del correcto manejo del patrimonio social el que se extiende hasta legitimar la designación que, normalmente, se reserva a la Asamblea.

Puesto que la función de “control” no es una mera actitud pasiva, sino una gestión que debe ser proactiva en beneficio de la sociedad, el Síndico no puede permanecer inactivo frente al peligro en que puede hallarse la Sociedad, en caso de vacancia como en otros de similar entidad. Si lo hace, será pasible de la correspondiente sanción.

El Síndico no reemplaza a la Asamblea, como podría suponerse de la afirmación de que se trata de funciones de gobierno.

Esta obligación de preservación del patrimonio social, no le cabe sólo al síndico sino a todos los órganos societarios, puesto que en definitiva son la Sociedad misma.

Las obligaciones de la Sindicatura, que muchas veces es dable observar se cumplen muy livianamente, son tanto o más graves que las

del Directorio. Y la LSC ha puesto un especialísimo esmero en su enumeración.

Queda pues claro que, frente a la inactividad del Directorio frente a la vacancia parcial de alguno o algunos de sus cargos, o frente a la vacancia total del Directorio, no existiendo suplentes ni otros medios contractuales estipulados, es deber ineludible del Síndico proveer a cumplir con la disposición del art. 258, 2º Párrafo, es decir:

- a) Comprobar la existencia real de los supuestos fácticos arriba mencionados;
- b) Declarar la vacancia;
- c) Designar directores titulares.

El carácter del director designado no es otro que el de “titular”, pero se ha confundido con el “suplente” o “interino”, ya que la Ley sostiene que durarán “hasta la próxima Asamblea Ordinaria”.

Sostengo que son cosas inconfundibles. El Director así designado tiene, durante el plazo de designación, todas las facultades, deberes y funciones del Director Titular, y lógicamente les alcanzan las prohibiciones e incompatibilidades legales.

La designación de éste Directorio debe siempre inscribirse (Art. 60 LSC).

Si la vacancia del Directorio es total, el Síndico puede –sin que le sea obligatorio– llamar a Asamblea General Ordinaria, o bien solicitar al Directorio designado por él que la convoque; colocando en el Orden del día las circunstancias que originaron la declaración de la vacancia; así como la designación de nuevo Directorio que podrá ser, o no, el mismo designado por la Sindicatura, pero ésta vez para un período completo.

Nuestra opinión es que resulta aconsejable la convocatoria por la Sindicatura a Asamblea General Ordinaria cuando la vacante ha sido llenada por la propia Sindicatura; pues si bien es cierto que el Síndico se encuentra legitimado indudablemente, no es menos cierto que cuando el período que falta completar para la próxima Asamblea es extenso, debe escucharse cuanto antes la opinión de los accionistas, si ello es factible ya que, como digo, no se trata de una sustitución del Organo de Gobierno por el de Fiscalización la disposición del 258, 2º Párrafo LSC, sino una medida de emergencia.

De todos modos, si la Asamblea no puede reunirse, esto no empaña la validez de la designación hasta que el Órgano de Gobierno logre convocarse, evaluar la circunstancia y decidir sobre el particular, tal como impone el estándar legal. El fracaso por cualquier causa de ésta Asamblea no justifica intromisiones extrañas a la Sociedad, si los órganos se encuentran funcionando plena y legalmente, por lo que quedaría excluida de plano, a mi criterio, una intervención judicial por ésta exclusiva causal; ya que, como dije, los Directores designados son Titulares y se les aplican a ellos todas las reglas para los elegidos por la Asamblea de Accionistas; permaneciendo en sus cargos hasta ser reemplazados por la propia Sociedad por los carriles predispuestos (incluso por remoción).

III) FUNCIÓN DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA FRENTE A LA VACANCIA DEL DIRECTORIO

El poder de policía societaria que cabe a la Inspección General de Justicia no sustituye en modo alguno las funciones normales de los órganos societarios, ni siquiera tratándose de las sociedades comprendidas en el art. 299 LSC.

Si bien es cierto que en éste tipo de sociedades existe un control más profundo, el Gobierno de la Sociedad corresponde sólo a la Asamblea, y la Administración al Directorio. Esa y no otra ha sido la voluntad del legislador, ya que lo contrario implicaría un desmoronamiento de la personalidad societaria, y hasta una inobservancia al derecho de propiedad de los accionistas.

Sólo ante la inacción de éstos, y sólo luego de la correspondiente intimación a la Sociedad, puede –y debe– la Inspección, en uso de las facultades de fiscalización que le competen, solicitar las medidas judiciales del caso, o bien decidir las si así se lo permiten las leyes vigentes y la urgencia del caso lo requiere.

Así también lo ha entendido la Inspección General de Justicia de la Capital Federal en varios casos, entre ellos el caso “Multipoint S.A.” (Resolución IGJ N°001602, Diciembre 10/2003), en el cual afirma que ante la inactividad societaria (en el caso se trataba de convocatoria a Asamblea), previamente Inspección General de Justicia

debe intimar a los órganos sociales, a fin de evitar "el largo proceso de convocatoria judicial o administrativa de una asamblea"... aclarando más abajo, muy lúcidamente, que "La realización de actividades previas a los fines de evitar los litigios, constituye finalidad del legislador, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 114 del ordenamiento legal societario".

En una palabra: la voluntad de la Ley ha sido que sea la propia Sociedad la que, funcionando como debe, provea a la solución de sus propios problemas, limitando la ingerencia de los poderes del estado al mínimo, y sólo para casos graves en los que no quede otro remedio.

En conclusión, y utilizando el sano criterio ya sentado por la ley y la propia jurisprudencia, debe la autoridad que ejerza el control societario externo intimar al Directorio, a la Sindicatura y/o a la Asamblea, en forma previa a cualquier determinación de oficio, a que subsanen las vacantes, aún tratándose de la vacante de todo el Directorio. Sólo ante el silencio o inacción de los órganos, es dable la intervención pública directa o mediante solicitud judicial.

Ello como un imperativo para la preservación del crédito y funcionamiento normal de la empresa que subyace a la sociedad, puesto que la ingerencia de extraños en la administración societaria siempre resulta riesgosa.