

¿PUEDE SOLICITARSE LA SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE UNA RESOLUCIÓN DE DIRECTORIO YA EJECUTADA?

POR EMILIO F. MORO

1. La aplicación del artículo 252 de la Ley de Sociedades Comerciales a las resoluciones directorales: una analogía “reforzada”

Parece innecesario, a esta altura, reiterar la matriz impugnable de todo acto del órgano de administración de sociedades anónimas violatorio de la ley, el estatuto y el reglamento e, idénticamente, reproducir la profusa jurisprudencia y doctrina que mayoritariamente se expide en este sentido.

La posibilidad de que una resolución asamblearia atacada de nulidad se ejecute y que, en consecuencia, la sentencia que pueda dictarse en el futuro devenga ilusoria –al no poderse afectar derechos de terceros de buena fe (artículo 1071, Código Civil)–, explica la viabilidad de obtener la suspensión preventiva de dicha decisión. La norma del artículo 252 Ley de Sociedades Comerciales (LSC), ha sido construida en ese entendimiento. Su dictado, no obstante, precisa de la configuración de especiales requisitos desde que, por su intermedio, se concreta una suerte de *anticipación de sentencia favorable* –evidenciada en el adelanto del efecto procurado por la acción impugnativa: evitar la ejecución de la resolución asamblearia¹–. Toda vez que se trata de una verdadera medida cautelar (innovativa)² que, como tal,

¹ Conforme MOLINA SANDOVAL, Carlos A. *Régimen Procesal de la Acción de Impugnación Asamblearia*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2005, p. 74.

² Y ello es así pues, por su intermedio, se procura afrontar situaciones especiales en las que existe necesidad en el proceso –previo a obtener sentencia firme– de recomponer el estado de cosas o crear una situación de hecho o de derecho diferente a la existente, ordenando a un sujeto realizar o abstenerse de realizar un determinado acto (conforme BARBEIRO, Sergio. “Génesis y

revela la pretensión de la LSC de regular íntegramente el conflicto societario –incluso en las cuestiones procesales (de ordinario reservadas a las jurisdicciones locales)³–, para su decreto es necesaria la confluencia de verosimilitud en el derecho invocado, peligro en la demora, contracautela suficiente y, claro está, los “motivos graves” del artículo 252 LSC⁴.

Asimismo, es necesario que del otorgamiento de esta solución cautelar no se deriven perjuicios para terceros, presupuesto éste que corresponde interpretar en sentido amplio –esto es, comprensivo tanto del perjuicio actual como del potencial⁵– siendo suficiente que exista la posibilidad de su configuración para volver improcedente la medida.

Procesalmente, la petición de suspender preventivamente el acto asambleario debe ser deducida en forma *coetánea* o *posterior* a la promoción de la acción impugnativa, lo cual –si bien exceptúa las reglas generales en materia de medidas cautelares– surge de una lectura *finalista* y, a su vez, *literal*, del artículo 252 LSC⁶.

expansión de la medida innovativa. Un apunte informativo”, en PEYRANO, Jorge [Director]. *Cuestiones procesales modernas*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 53).

³ El abordaje de cuestiones procedimentales en la LSC (v. gr., artículos 15, 113, etc.), más allá de responder a una “vocación de crear un sistema coherente y autosuficiente de regulación de cuestiones societarias” (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Societario. Parte General. Los órganos societarios*, Tomo 4, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 17), desemboca, en más de un caso, en contradicciones con normas procesales de jurisdicciones locales. Por caso, es lo que ocurre con el artículo 252 LSC, que al vedar la interposición previa a la demanda de la petición cautelar violenta la regla general del proceso en la materia.

⁴ Conforme RICHARD, Efraim H.; MUIÑO, Orlando. *Derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 504. Tales “motivos graves”, en suma, se encuadran dentro de la verosimilitud del derecho, si se quiere, como un agravado *fumus bonis iuris* que debe verificarse y acreditarse.

⁵ Conforme C. N. Com., Sala B, 11 de abril de 1994, “Haimovici, Claudio Jorge contra Aircom S.A. sobre incidente de suspensión de asamblea”, citado en NISSEN, Ricardo A. “Suspensión provisoria del cumplimiento de decisiones asamblearias”, *RDPyC*, 2000-1, Rubinzal-Culzoni, 2000, Santa Fe, p. 304, nota 4.

⁶ “En lo que se refiere a la necesidad de promover la acción de nulidad de decisiones asamblearias, si bien ello no está prescrito por el artículo 252 de la Ley 19.550, este requisito surge implícito del texto de la referida norma, cuando se refiere a la ‘resolución impugnada’ lo cual no puede ser de otro modo, en la medida en que la suspensión provisoria de una decisión asamblearia constituye la medida cautelar específica de la acción de nulidad de aquélla, como único medio de evitar la inocuidad de los procedimientos que

Ahora bien, ¿es extrapolable esta solución normativa a los actos del órgano de administración? Es evidente que sí y, en ese sentido, se ha expedido la jurisprudencia cuando ha debido pronunciarse sobre resoluciones de directorio y peticiones cautelares de suspensión⁷.

La conclusión no puede ser otra habida cuenta de que la finalidad que ha inspirado la redacción de la norma del artículo 252 LSC (evitar que el acto societario se ejecute volviendo fútil la eventual sentencia favorable a dictarse), encuentra aún más sentido en materia de resoluciones del directorio. Y es que la *situación fáctica cuya evitación persigue el artículo 252 LSC, habrá de concretarse con mucha mayor facilidad cuando el acto societario atacado de nulidad sea un acto del directorio pues su ejecución subsiguiente se llevará a cabo –de ordinario– mucho más rápidamente que si se trata de un acto asambleario.*

En otras palabras, *la inminencia de que se ejecute la resolución social –que vuelve abstracta la acción impugnativa (supuesto de hecho de la norma)– es más clara si aquella ha sido adoptada*

determinan la existencia del litigio o la frustración del derecho que se ejerce” (NISSEN, Ricardo A. *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 240). Con idéntico sentido, conforme MARTORELL, Ernesto E. *Sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 297.

⁷ Conforme C. N. Com., Sala D, 30 de junio de 2001, “Pavlosky, Hernán J. contra Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica sobre medida precautoria”, *RSyC*, Año III, Tomo V, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 69; C. N. Com., Sala A, 18 de julio de 2001, “Orona, Oscar A. contra Gas Argentino S.A. sobre medida precautoria”, *ED*, 195, p. 102; C. N. Com., Sala A, 18 de julio de 2001, “YPF S.A. contra Gas Argentino S.A. sobre medida precautoria”, *RSyC*, Tomo IV, N° 12, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 253; Juzgado Nacional Comercial N° 24, Secr. 48, Ciudad de Buenos Aires, 02 de febrero de 2001, “Rosner, Ignacio I. y otro contra CTI CIA. de Teléfonos del Interior S.A. sobre Medida Precautoria”, Expte. 40278, *inédito*; Juzgado Nacional Comercial N° 3, Secr. 5, Ciudad de Buenos Aires, 18 de octubre de 2006, firme, “Carbajo, Eduardo y otros contra Hidroeléctrica El Chocón S.A. sobre medida precautoria” [expte. 106.840]; firme, *inédito*; C. N. Com., Sala D, 02 de junio de 2009, “Michani, Johanna Vanesa contra Migueletes Park S.A. sobre Incidente de apelación”, en NISSEN, Ricardo A. [Director], *Nuevas Doctrinas Judiciales...*, p. 371; Juzgado Nacional Comercial N° 26, Secr. 52, Ciudad de Buenos Aires, 07 de enero de 2010, “Botas Ratera, Santiago J. contra Moltta Consultoría e Marketing S.A. sobre Medida precautoria”, firme, *inédito*, Contr., postulando la improcedencia de decretar la suspensión preventiva de decisiones del directorio que convocan a asamblea, C. N. Com., Sala E, 03 de noviembre de 2006, “Albarracín, Santiago F. contra Camuzzi Gas Pampeana S.A.”, *Régimen Societario Argentino*, Legis, Buenos Aires, 2009, p. 486.

por el directorio que si lo ha sido por la asamblea dado que, generalmente, el tiempo entre la adopción y la ejecución será mucho más breve en el primer caso que en el segundo⁸. Ello obedece, como es claro, al carácter *dinámico* y *permanente* del directorio y a las materias de gestión operativa que son de su competencia y que hacen que sus decisiones deban ejecutarse rápidamente.

Resulta lógico concluir, por tanto, que el presupuesto del “peligro en la demora” *debe ser ponderado con menor estrictez si se trata de una resolución directorial que si se trata de una resolución asamblearia*⁹ pues –como ya hemos dicho–, en líneas generales, la inminencia de que la decisión se ejecute y el daño se consume, será mayor en el primer caso que en el segundo.

2. ¿Y si la resolución directorial ya se ejecutó? ¿Allea iacta est?

Conforme señalábamos antes, cuando la decisión del directorio viciada haya sido ejecutada en su totalidad, de ordinario, resultará estéril la promoción de la acción impugnativa¹⁰ puesto

⁸ A esto cabe agregar que determinadas materias de competencia de la asamblea no son pasibles de ser suspendidas provisoriamente por su naturaleza propia. Es lo que ocurre –según la jurisprudencia mayoritaria– con la aprobación de estados contables que, por agotarse en sí misma, no es susceptible de ser alcanzada por la medida del artículo 252 LSC. En ese sentido, conforme C. N. Com., Sala C, 20 de junio de 2006, “Álvarez Cañedo, Francisco Javier contra Gulf Oil Argentina S.A. y otro sobre incidente de apelación”, ED, 219-633; C. N. Com., Sala C, 04 de mayo de 2004, “Herrero de Comadira, Cristina contra Dinan S.A. sobre medidas cautelares”, RSyC, N° 29, julio/agosto 2004, p. 250.

⁹ En contra, requiriendo idéntica o mayor severidad del tribunal para tener por acreditado este presupuesto, conforme LOSICER, Jorge A. “Impugnación de las resoluciones del directorio”, *Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, II Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Tomo I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 167.

¹⁰ Sin perjuicio de lo expresado, necesario es destacar –junto a calificada doctrina– que la relativa esterilidad apuntada no hace mella de la responsabilidad que quepa endilgar a los administradores societarios involucrados, pues, si bien la nulidad no tendrá efectos sobre terceros de buena fe, *si servirá de sólido antecedente para una futura acción de responsabilidad comprometiendo a los directores que actuaron en contravención a las normas de la LSC*, así como a los restantes miembros del órgano de administración que, conscientes del impedimento soslayado (v. gr., artículos 271 o 272), guardaron silencio y los síndicos o consejeros (cfr. MARTORELL, Ernesto E. *Sociedades anónimas*, p. 371).

que, aun cuando pueda arribarse a una sanción de nulidad, ella sólo reportará efectos prácticos en caso que los terceros vinculados con la sociedad hayan obrado de mala fe (artículo 1051, Código Civil) o en caso de que el acto concretado haya sido notoriamente extraño al objeto social (artículo 58 LSC)¹¹, supuestos ambos, como es obvio, de no fácil demostración¹².

En ese marco, y apareciendo, entonces, imprescindible evitar que la resolución directoral viciada alcance a producir efectos en las relaciones externas (o intersubjetivas)¹³ de la sociedad,

¹¹ En cualquier caso, el muy escueto beneficio que puedan obtener los directores minoritarios al solicitar la nulidad de una resolución directoral que ya ha sido ejecutada *no obstaculiza la posibilidad (bien que remota) de que terceros con interés legítimo –cuando medie una causal de nulidad absoluta (v. gr., objeto ilícito)– la impugnen desde fuera del universo intrasocietario*. Es más, y como agudamente se ha destacado en la doctrina española, es prácticamente una condición previa indispensable para la viabilidad de una impugnación por parte de terceros que el acto del directorio de la sociedad con la que se han vinculado haya sido íntegramente ejecutado. “Existe la posibilidad de que terceros con interés legítimo impugnen los acuerdos del Consejo, que sean nulos de pleno derecho por ser contrarios al orden público [...] Es dudoso que un acuerdo contrario al orden público y, por consiguiente, afectado de nulidad radical y absoluta, deba ser objeto de impugnación porque debe ser desconocido por todos y tratado como inexistente. En segundo lugar, la legitimación para impugnar del tercero requiere que el acuerdo haya sido ejecutado, ya que si se mantiene en la esfera interna de la sociedad difícilmente afectará a terceros y por consiguiente éstos carecerán del interés legítimo que justifica su derecho a impugnar. Lo que ocurre es que, si esto es así, el daño ya se habrá causado y entonces difícilmente puede hablarse de infracción de un deber de la propia víctima de evitar el daño (v. gr., si el Consejo adopta el acuerdo tomar una medida ilícita restrictiva de la competencia es necesario que se hayan ejecutado esas prácticas y ‘afectado’ así a un tercero)” (MARIN DE LA BARCENA, Fernando. *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, Marcial Pons, Colección Garrigues, Madrid, 2005, p. 261, nota 33).

¹² Cabe tener en cuenta, sobre este particular, que varias de las prohibiciones funcionales que la LSC impone a los administradores societarios –prohibición de celebrar contratos con la sociedad bajo determinadas circunstancias (artículo 271), de emitir voto cuando se tiene un interés contrario al social (artículo 272) o de realizar actos en competencia con la compañía (artículo 273)– exigen, casi como presupuesto ineludible, la posibilidad de un adecuado ejercicio del derecho de información y de una compulsión de documentación y/o antecedentes no sujeta a cortapisas irrazonables, todo lo cual debe ser especialmente tenido en cuenta por el Tribunal en orden a decretar la suspensión provisoria de la decisión impugnada o a disponer medidas cautelares innominadas.

¹³ Recuérdese que la actuación de la sociedad supone el desarrollo y ejecución de múltiples relaciones jurídicas las cuales, en su faz subjetiva, pueden

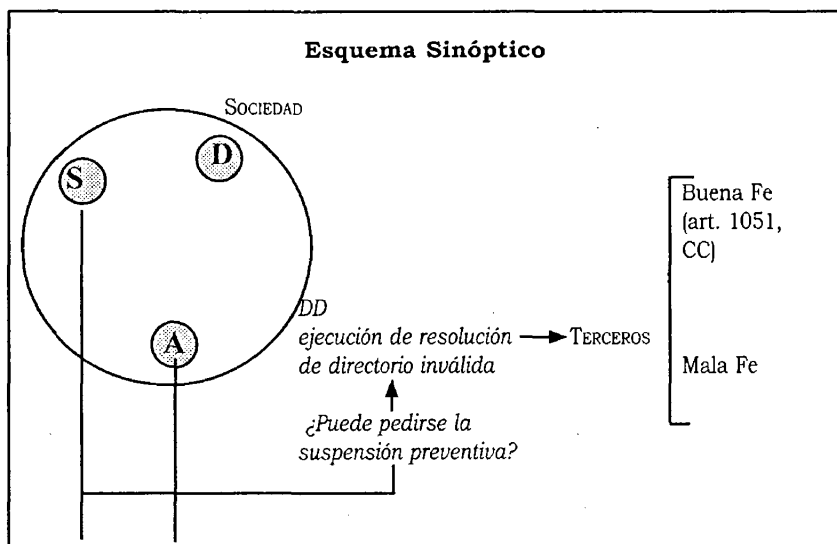
ya hemos dicho que consideramos viable peticionar –por aplicación analógica de lo estatuido para asambleas (artículo 252 LSC)– la suspensión preventiva del acto impugnado, previa acreditación, como es claro, de los requisitos que exige dicha medida cautelar¹⁴.

Sin embargo, puede que esa medida tampoco sea suficiente para tutelar los derechos en juego. Es, de hecho, lo que sucede cuando al solicitar dicha medida precautoria la decisión ya ha sido ejecutada, lo cual no es extraño tratándose de un acto del órgano de administración que, como es sabido, debe ejecutar rápidamente sus decisiones en el marco de las funciones de gestión operativa que le competen¹⁵.

clasificarse en *relaciones intrasubjetivas o internas* y *relaciones intersubjetivas o externas*. Las primeras –ya lo hemos explicado pero lo reiteramos aquí– son las que se desarrollan en el marco de la persona jurídica societaria dimanada del contrato plurilateral de organización que es su génesis y que describe todo el arco posible de vinculaciones entre los socios individualmente considerados y entre los socios y la sociedad. Las segundas, son aquellas que surgen del contacto con la sociedad con el mundo exterior y que, por ende, suponen vinculaciones de toda clase entre la compañía y terceros (conforme GAGLIARDO, Mariano. *Administración y representación de sociedades comerciales*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 5).

¹⁴ En ese sentido, la doctrina citada *ut supra* en este mismo capítulo, nota N° 98. Por todos, cfr. NISSEN, Ricardo A., *Ley de sociedades...*, op. cit., Tomo IV, ps. 272 y 273.

¹⁵ Postulando la improcedencia de rechazar pedidos de suspensión preventiva cuando los actos societarios (asamblearios) ya se hayan ejecutados y proponiendo otras soluciones ante esta clase de situaciones, cfr. NISSEN, Ricardo A. “Algunas precisiones en torno a la medida cautelar prevista por el artículo 252 de la Ley 19.550”, en ARECHA, Martín (Director). *Las medidas cautelares en las sociedades y los concursos*, Legis, Buenos Aires, 2008, p. 71. La jurisprudencia, recientemente, se ha apoyado en este criterio decretando la suspensión preventiva de una decisión del directorio que, aparentemente, ya se había ejecutado pero cuyos efectos aún no se habían producido: “Resultan aplicable a las decisiones del directorio las disposiciones del artículo 252 de la Ley 19.550, sin que empece a ello la alegada ejecución de lo resuelto por el directorio cuando los efectos que se procuran conjurar aún no se han producido” (la bastardilla es nuestra) (C. N. Com., Sala D, 02 de junio de 2009, “Michani, Johanna Vanesa contra Migueletes Park S.A. sobre incidente de apelación”, en DASSO, Ariel; NISSEN, Ricardo A. [Directores], *Nuevas Doctrinas Judiciales en Materia de Sociedades Comerciales*, Fundación para la Investigación y el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, noviembre de 2009, p. 371).



¿Podría, de cualquier manera, en estos casos, incoarse la acción impugnativa y pedirse, de modo coetáneo, la suspensión preventiva? En todo caso, ¿con qué sentido si la decisión ya se ejecutó?¹⁶ Y bien, aunque pueda generar sorpresa, al legitimado activo del caso (accionista, director, etc.) puede interesar –igualmente– promover esta acción por varias razones: a) obtención de un antecedente de comisión de un acto antijurídico –si bien con el limitado alcance de la cognición cautelar en el marco de una pretensión de nulidad de acto societario– pero funcional a un posterior y eventual proceso de daños; b) conveniencia de promover esta acción en vez de la acción de responsabilidad del art. 274, LSC, en razón de la diversa magnitud de la tasa de

¹⁶ La jurisprudencia, por considerar *abstracta* la pretensión de suspender preventivamente una decisión del directorio que ya se ejecutó, ha desestimado acciones impugnativas y peticiones cautelares en los siguientes términos: "El pedido cautelar formulado por los directores de la sociedad demandada ha devenido abstracto. Ello así en tanto la convocatoria a asamblea de accionistas decidida por el órgano de administración ya ha tenido curso de ejecución, siendo que al día de la fecha esta decisión se ha efectivizado; los socios se habrían reunido el día 20 de octubre de 2006 y fijado un cuarto intermedio. En virtud de lo expuesto carecería de sentido suspender cautelarmente una decisión que ha agotado sus efectos con la celebración de la asamblea" (C. N. Com., Sala B, 16 de noviembre de 2006, "Pérez Weber Joaquín y otro contra Camuzzi Gas del Sur sobre Medida precautoria", *MJ-JU-M-9711-AR / MJJ9711 / MJJ9711*).

justicia en uno y otro caso¹⁷; c) estrategia de presión frente al grupo de control a través de la “publicidad” que puede implicar la iniciación de acciones judiciales por resoluciones presuntamente ilícitas del órgano de administración, con grave perjuicio a la reputación de la compañía; d) obtención de un valioso antecedente para un eventual pedido de intervención judicial en los términos del artículo 113 LSC.

Un escenario particular se plantea en los casos de sociedades anónimas abiertas y decisiones que –por su envergadura– deban ser publicadas por ante la Comisión Nacional de Valores. Es lo que, sucede, verbigracia, con las operaciones de emisión y cancelación de ONs y otros casos similares que no vendría al caso enumerar.

Veamos, por ejemplo, el supuesto de una sociedad anónima que ha colocado ONs bajo el régimen de la oferta pública y que en un determinado momento decide, adelantándose a los tiempos pautados, precancelar dichas ONs comprometiendo fondos a ese fin. De modo inmediato se publica dicha resolución en la Comisión Nacional de Valores. ¿Es posible que pueda desconocerse esta publicación por parte de accionistas, síndicos y/o directores? *¿Es posible que pueda solicitarse la suspensión preventiva de una decisión de directorio cuya ejecución ha sido previamente anoticiada a través de medios de publicidad como los antedichos?* ¿Sería posible pasar por alto semejante desconocimiento, esencialmente, por parte de directores?

El tema reconduce a la *teoría de los propios actos*¹⁸. En efecto, no parece lógico, por más ilicitud que medie en el accionar del

¹⁷ Recuérdese que, a diferencia de la acción impugnativa que solo tributa la tasa de justicia por monto indeterminado (cifra de infima cuantía), la promoción de una acción de responsabilidad contra el directorio exige de parte del socio accionante el pago de una tasa de justicia en proporción al monto reclamado (cifra que generalmente será de importante magnitud), sea que se ejerza la acción individual o la acción social *uti universae* o *uti singuli*, incluso cuando –como en éste último caso– la suma dineraria que se conceda como indemnización ingrese al patrimonio social y no al del accionista que promovió el juicio (conforme BALBÍN, Sebastián. *Acción social...*, p. 105; C. N. Com., Sala A, 11 de octubre de 2007, “Lopez, Santiago contra Iriart, Juan Manuel sobre Incidente de oposición al pago de la tasa” [expte. 32420/2007], *inédito*).

¹⁸ Para el tema, en general, conforme LOPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, BdeF, Montevideo, 2005. Como lo ha señalado reiteradamente nuestro Máximo Tribunal, “nadie puede válidamente ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada,

directorio y el grupo de control de la sociedad, que pueda predicarse el desconocimiento de lo informado por el organismo (CNV) donde natural y ordinariamente se publican las resoluciones de envergadura de sociedades anónimas abiertas. Se configura aquí, así entonces, un evidente supuesto de contradicción entre la conducta antecedente y la conducta procesal ulterior, *pues no puede argüirse válidamente que se desconocía lo informado por el organismo en cuestión*, máxime si el eventual peticionante de la medida de suspensión provisoria es un director o síndico dada la profesionalidad insita en el cargo y su deber intensificado de obrar con diligencia y probidad (artículo 902, Código Civil).

jurídicamente relevante y plenamente eficaz" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 06 de abril de 2004, "Giménez, José L. contra Impercol S.R.L.", ED, 209, p. 660). Ello, como no puede ser de otra manera, también es de aplicación al ámbito societario y a la conducta de los integrantes de sus órganos (conforme C. N. Com., Sala C, 12 de mayo de 2000, "Muller, Rodolfo E. contra Edal S.A.", La Ley, 2000-E, p. 902).