

LA IMPUGNACION DE ACTOS DEL DIRECTORIO

Francisco Junyent Bas

PONENCIA

RESULTA NECESARIO AGREGAR UN PARRAFO FINAL AL ART. 251 DE LA LEY SOCIETARIA DISPONIENDO SU EFECTIVA APLICACION A LAS RESOLUCIONES DIRECTORIALES PARA DEFINIR UN DEBATE JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO QUE SE INCLINA DECIDIDAMENTE POR SU APLICABILIDAD.

1.- Introducción.

La cuestión de la impugnabilidad de los actos del directorio ha constituido un capítulo polémico de la ley de sociedades comerciales.

La ausencia de una regulación específica sobre el punto, a diferencia del tratamiento minucioso que la ley destina a la impugnación de los actos de la asamblea, en los arts. 251 a 254, facilitó el debate doctrinario.

En la presente ponencia defendemos su impugnabilidad de conformidad a la correcta hermenéutica de los arts. 18 del C. Civil y los citados supra de la ley societaria.

La génesis del polémico tema nada mejor nace partir de los antecedentes legislativos, en especial, la regulación que contenía nuestro Código de Comercio.

2.- Precedentes normativos.

El régimen establecido en el art. 353 del Código de Comercio disponía que “todo accionista tiene derecho a protestar contra las deliberaciones tomadas en oposición a las disposiciones de la ley y los estatutos y podrá requerir del juez competente la suspensión de su ejecución y la declaración de su nulidad”...

Lisandro Segovia (Exposición y crítica del Cod. de Comercio, Librería y Editorial “La facultad”, 1933, pag. 283, nota 1298)(2) explicaba que este dispositivo estaba referido a la asamblea de accionistas y no al directorio, si bien admitía que a renglón seguido el artículo refería a las resoluciones directoriales que no obligaban a la sociedad.

Por su parte, Siburu (Comentario del Co. de Comercio Argentino, Librería Jurídica de Valerio Abeledo, 1933, T. Quinto, pag. 170, nota 1340)(3) coincide con Segovia que el artículo 353 contiene disposiciones referidas a la acción de nulidad de la asamblea y del directorio, afirmando que “la nulidad de las resoluciones del directorio contrarias a la ley, a los estatutos o a las deliberaciones de la Asamblea General, es efecto naturalmente propio de todo acto contrario a la ley, art. 18 del Código Civil”.

Como vemos los dos grandes maestros del derecho comercial patrio se pronunciaban por la viabilidad de la impugnación de los actos del directorio en el

régimen del Código de Comercio, en atención al tratamiento conjunto de dichas cuestiones por el citado art. 353.

Pese a ello, otros autores (véase Zavala Rodriguez Carlos, Código de Comercio, vol. 1, pag. 433, no. 833, Depalma, 1971)(4) negaron esta posibilidad sosteniendo que la impugnación estaba referida únicamente a la asamblea.

En consecuencia, la doctrina se dividió en cuanto a la posibilidad de pretender la nulidad de los actos del directorio y el debate quedó plateado en orden a la correcta interpretación del régimen de nulidades en el ámbito societario.

3. Posiciones doctrinarias.

La polémica planteada durante la vigencia del Código de Comercio se reeditó, tal como indicamos al iniciar el presente, bajo la ley 19.550.

La mayoría de los autores (Halperín, Sociedades Anónimas, Depalma, pag. 438; Zaldivar; Cuadernos de Derecho Societario, vol.III, pag. 66, Abeledo Perrot; Farina, Invalidez de los actos del directorio, Conflictos Societarios, pag. 196; Otaegui, Administración Societaria, Astrea, pag. 298; Nissen, Las minorías y su derecho de impugnar acuerdos del directorio, La ley t.1987-D pag. 1172)(5) se inclinó por considerar viable la impugnación de los actos del directorio, aún cuando cada intérprete utilizó argumentos diferentes.

Halperín (Sociedades anónimas, pag. 438, Depalma)(6) afirmó que “las deliberaciones y desiciones del directorio son impugnables, sea por vicios de su funcionamiento, sea por su contenido, ya que debe ajustarse a determinadas normas de funcionamiento y a sus atribuciones, limitadas por la ley y el estatuto, arts. 255, 260, 266, 267 y concs.y deben inspirarse en el interés social, doctrina de los arts. 59, 271, 272, y 274).”

En igual sentido, Otaegui (Invalidez de actos societarios, Astrea, 1978, pag. 203)(7) sostuvo que la acción tendiente a obtener la declaración de invalidez o nulidad de los acuerdos directoriales se rige por el régimen de nulidad de los actos jurídicos que consagra el Código Civil.

Por su parte, Nissen y Vítolo (op. cit. pag. 971)(8) se pronuncian afirmativamente por la factibilidad de la impugnación atento a que el acuerdo directorial es un acto jurídico y como tal le caben las nulidades implícitas del art. 18 del C. Civil cuando dichas resoluciones violan la ley, el estatuto o el reglamento.

Los dos comercialistas enfatizan que a esa conclusión corresponde arribar de una sistematización de la normativa de la cual no puede excluirse el art. 271, ni la expresa facultad de la autoridad de contralor de pedir la suspensión de dichos acuerdos y por ende, su nulidad cuando resulten violatorios del orden societario. Con relación al órgano de contralor sostienen que no puede netenderse que la ley le haya otorgado la posibilidad de solicitar cautelarmente la suspensión de los actos directoriales y no le halla concedido una acción de fondo que justifique dicha medida.

Va de suyo que como lo señala acertadamente Barreiro (Invalidez de las decisiones del directorio, VI Congreso de Derecho Societario, Ad hoc, t. 1, pag. 181)(9) la corriente mayoritaria no exhibe unánime adhesión en lo que se refiere a diversos aspectos del instituto, ya sea, la legitimación del accionista y los plazos de prescripción aplicables.

La posición negativa la encabezó Verón, al comentar positivamente el fallo dictado por la sala A de la Cámara Nacional de Comercio de la Capital Federal en autos “Vistalba s.a.c/ Banco de Galicia y Buenos Aires s.a.”, del 11 de diciembre de 1986 (LA ley,t.1987-B, pag.346)(10) afirmando que el régimen de nulidades societarias era específico de este ámbito material y no podía encuadrarse en el sistema general de las nulidades del derecho común, por lo que, en atención al carácter expreso de las nulidades, su falta de tratamiento, en orden a los actos directorio, veda este camino jurídico.

El autor citado entiende que “en nuestra opinión la acción de impugnación sólo puede ejercerse en relación directa con el carácter de resolución asamblearia, por lo cual resulta improcedente cuando no se presenta la materia cuestionada como acuerdo social, tal el caso de las resoluciones del directorio. El remedio contra las desiciones directoriales, reputadas irregulares, no consiste en intentar la acción de impugnación, sino en utilizar el fecundo sistema responsabilizatorio creado por la ley de sociedades en sus arts. 271 a 279.”

Verón cita en su apoyo la jurisprudencia del Tribunal supremo de España, el cual reiteradamente ha resuelto que no se puede declarar nula una resolución que no fue adoptada por la Asamblea general.(Tribunal Supremo de España, 27/10/72, Aranz, 5196/72, citado por Verón, op. cit. pag. 338)(11).

Entre nosotros Richard, Romero y Escuti (Impugnación de las decisiones del directorio que se atribuye funciones no propias, Ponencia presentada al Primer Congreso de Derecho Societario, Actas, t.III, pag. 157)(12), en una posición que podemos llamar intermedia, admiten la impugnabilidad de los actos del directorio solamente cuando los acuerdos sean violatorios de la ley, el estatuto o el reglamento o invadan la competencia de la asamblea.

En la actualidad Richard mantiene su posición intermedia (véase su obra Derecho Societario en coautoria con Orlando M/ Muíño, Astrea, pag. 549)(13) que”conforme las facultades de gestión del directorio y la responsabilidad colegial que se general eventualmente por mala gestión contra todos sus miembros, se entiende, por lo general, que sus resoluciones no son judiciales. Pero cuando esa resolución se aparta de la ley, ejerciendo facultades que no le son propias, en beneficio de un grupo de accionistas, o de los propios directores, se debe entender autorizado a otros directores y a los propios accionistas para ejercer la acción.”

Pese a lo dicho el autor cordobés termina ubicándose en la tesis amplia al expresar (op. cit. pag. 550)(14) que”la impugnación puede fundarse en vicios formales. o sea, en la inexistencia de la resolución del órgano de administración, por falsedad, votos que no podían contarse, etc. o en incompetencia al asumir facultades que no le correspondían por la ley o el estatuto, sea por extralimitación del objeto o corresponder tal desición a otro órgano social”.

4. Criterios jurisprudenciales.

La jurisprudencia se pronunció positivamente en diversas causas, aún cuando demostrando la complejidad del tema las disidencias fueron importantes. Los criterios jurisprudenciales se fueron definiendo en las siguientes causas : autos “Saiz, Marta c. Camper sa.”(Cam. Nac. de Comercio, sala C, La Ley, t.1979-D, pag.

35)(15); autos Paoli de Yechillán, Josefina c/ KLeiman Mario,(Cam. Nac. de Comercio, sala B, La ley, 1990-B, sec. doctrina)(16) y en autos Kraft Guillermo ltda. c/ Motormecánica s.a.(CAM. Nac. de Com. Sala B, La Ley t.1982-A, pag. 82)(17).

En la primera de las causas citadas el dr. Anaya sostuvo una posición intermedia afirmando que el cuestionamiento de los actos del directorio debe llevarse a la asamblea pero admitiendo, en última instancia, la pretensión de un accionista frente a un pacto de sindicación de acciones que afectaba un derecho social.

En el mismo fallo de la causa “ Vistalba” que sirve de fundamento a la posición negativa, la vocal Míguez de Cantore se pronunció por la factibilidad de la impugnación del acuerdo directorial concediendo legitimación al accionista que agotó la instancias societarias.

El leading case lo constituye la causa Kraft en donde el juez Morandi admite la impugnación del acuerdo directorial por parte de un accionista e incluso se pronuncia por la innecesariedad del agotamiento de la vía societaria, ante la posición minoritaria del accionante, que torna inútil este paso previo.

Recientemente, con fecha 19 de mayo de 1995, la Sala B de la Cámara Nacional de Comercio, integrada por los vocales Ana Isabel Piaggi, María Gomez Alonso de Diaz Cordero y Enrique Butty, en la causa Noel Carlos Martín c. Noel y Cía s.a. sumario, se pronunció positivamente por la impugnabilidad de los acuerdos directoriales (R. D.C.O., no. 166/168, pag. 461)(18).

El meduloso voto de la vocal Ana I. Piaggi de Vanosi se funda en las oponiones doctrinarias que hemos citado precedentemente y señala que “de llevarse a extremos la teoría de la inimpugnabilidad de los actos del directorio podría llegarse de facto a otorgarle mayores poderes que los que tiene la asamblea.”

“Si el órgano de administración se atribuye las resoluciones propias de la asamblea, o si, por medio de las que le son propias viola la ley, el estatuto o el reglamento, el accionista no puede quedar inerte hasta la próxima asamblea - que bien puede no ser convocada por el directorio - y sin perjuicio de agotar las vías internas podrá ejercer las acciones de impugnación (conf. Richard y otros, ob. cit.). Ello por la seguridad jurídica requerida por el interés público y éste que es su mecanismo de defensa.”

En minoría, el juez Butty se pronunció por el agotamiento de la vía societaria, afirmando que la distribución de competencias determina que las desiciones directoriales puedan obtener satisfacción mediante el recurso al otro órgano, es decir, a la asamblea, por lo que, en última instancia niega la factibilidad de la impugnación directa a la resolución directorial.

5. Las argumentaciones aducidas por ambas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Como se advierte entonces, el problema jurídico derivado de la falta de regulación expresa de la acción de impugnación de los acuerdos directoriales, está lejos de haber concluido como lo pone de relieve la misma doctrina (Luchinsky Rubén, Impugnación de los actos del directorio, R.D.C.O. no. 131, octubre 1989, pag. 708)(19).

Las diversas tesis construyen o intentan integrar el sistema societario partiendo de dos posiciones diferentes: una, afirma la especialidad del régimen de la ley de sociedades; la otra, intenta integrar el ordenamiento jurídico un sistema único.

5.1. El sistema de nulidad societario. Las llamadas nulidades implícitas.

La posición doctrinaria y jurisprudencial, que niega la impugnabilidad de los actos del directorio, se funda en el art. 1037 del C.Civil, en cuanto entiende que en nuestro ordenamiento legal las nulidades deben ser expresas. En consecuencia, ante el silencio de la ley 19550, se considera que no es viable, por la especialidad de la materia, integrar los principios del derecho común y por ello, se pronuncia por la inatacabilidad de los actos del directorio. Se afirma que el remedio contra las decisiones directoriales que sean irregulares se encuentra en la utilización del sistema de responsabilidad establecido en la propia ley. (Verón, op. cit. pag. 338)(20).

En efecto, Verón afirma que el régimen de nulidad de las sociedades comerciales transita por un campo propio, fijando una regulación normativa especial inspirada en los principios de protección de los terceros y en la salvaguarda de la sociedad como protagonista de la producción e intercambio de bienes.

En consecuencia, para el autor citado el régimen societario escapa a la categorización de actos ineficaces o inválidos en todos aquellos casos en que esté taxativamente dispuesto por la propia ley de sociedades comerciales.

Por el contrario, la mayoría de los autores (Nissen y Vítolo, op. cit. pag. 971)(21) reponen el argumento de la falta de previsión legal expresando que, en nuestro derecho, se puede sostener la existencia de nulidades implícitas o virtuales, de conformidad al art. 18 del Co. Civil, el cual prohíbe todo acto contrario al ordenamiento legal rectamente interpretado, lo que lleva implícito la factibilidad de su anulación.

Para dilucidar correctamente este eje interpretativo debe recurrirse a las fuentes de la normativa patria y así recordarse que el código francés recibió el principio de que “no hay nulidad sin texto legal” que la disponga, pás de nullité sans texte. De allí fue tomado por Freitas quien lo incorporó en su Esboco disponiendo que “ningún juez podría juzgar o declarar otras nulidades sino las que la ley hubiera declarado expresamente”. Este texto sirvió de fuente para nuestro código y Velez lo incorporó en el art. 1037 pero suprimiendo el último término, o sea, el adverbio expresamente. Esta supresión hizo decir a Segovía (Lisandro Segovia, El Código Civil de la República Argentina, t. I, pag. 280, nota 4, Bs. As. 1881)(22) que en nuestro sistema civil era posible encontrar nulidades expresas, arts. 1041 y ss. y nulidades implícitas, la de los actos prohibidos, aún cuando la sanción no estuviese expresa. En línea con esta interpretación el art. 18 establece como norma general que “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

Desde entonces la mayoría de los autores (véase la enumeración que trae Eduardo Zannoni en su obra Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, Astrea, 1986, pag. 218)(23) se pronuncia por la factibilidad de declarar nulidades implícitas.

En rigor no se trata de reconocer al juez la facultad de declarar la nulidad, sino aceptar que frente a un acto prohibido se declare la nulidad que tácitamente impone la misma ley. Como explica Zannoni (op. cit. pag. 219)(24) “la nulidad genéricamente establecida en el art. 18 no implica contradicción con el art. 1037 ni

otorga al juez la potestad de crear nulidades virtuales. Esta nulidad decretada en general se considera parte integrante de todas las normas de carácter prohibitivo, evitando la necesidad de establecer en cada una de ellas la sanción correspondiente.”

5.2. Nuestra opinión.

Por nuestra parte, entendemos que, de conformidad a los arts. 15 y 16 del Cod. Civil, el ordenamiento jurídico constituye un sistema integrado, de manera tal, que la aludida especialidad de la ley societaria no puede, ni debe impedir la aplicación supletoria de la legislación común, tal como lo determina el Título Preliminar del Código de Comercio, del cual forma parte la ley de sociedades comerciales.

Interpretamos, con la mayoría de la doctrina, que la ley de sociedades regula la acción de impugnación de los actos colegiales viciados por nulidades relativas y que estas normas deben integrarse en el régimen general de las nulidades del Código Civil, el cual es aplicable en todo lo que no tenga regulación específica, tal como lo establece el art. 207 del Cod. de Comercio.

Como recuerda Bendersky (Invalidez de los actos del directorio, Conflictos Societarios, Abaco, 1983, pag. 201)(25) los actos del directorio constituyen, evidentemente, actos jurídicos en la definición del art. 944 del Código civil y por ende, han de ser lícitos en cuanto a sus elementos de objeto, causa y forma.

Como afirma Losicer (Impugnación de las resoluciones del Directorio, Ponencia al VI Congreso de Derecho Societario, t. I pag. 102)(26) ”el acto viciado pero en estado virtual, esto es interno, sin afectación de derechos de terceros, es atacable de nulidad con efectos erga omnes como cualquier acto ilícito.”

Así, la vía impugnativa se erige como única vía efectiva para resguardo del interés de la sociedad y de los socios.

Por ello, cuando los actos del directorio violan los artículos 1040 a 1045 del Cod. Civil la impugnación resulta viable, como lo pone de relieve Otaegui (Otaegui Julio, Invalidez de actos societarios, Astrea, Bs. As. 1978, pag. 423 y Administración societaria, Astrea, Bs. As. 1980, pag. 298)(27).

Esta opinión positiva se mostró nuevamente mayoritaria en el VI Congreso de Derecho Societario, realizado en Mar del Plata en 1996, a cuyo fin pueden consultarse las Ponencias de Jorge Alberto Losicer, Guillermo Urrutigoiti, Solange Jure Ramos y Rafael Barreiro (Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, Tomo I, Conflictos Societarios, Ad hoc, pag. 161 y ss.)(28).

En una palabra, siguiendo los principios aplicables a los actos jurídicos, las decisiones del directorio serán impugnables cuando una irregularidad o vicio afecte la legitimación, capacidad y consentimiento de los directores, la competencia del órgano, objeto, forma y causa. Asimismo, la nulidad puede afectar el contenido del acto cuando se celebran en violación a las normas societarias, arts. 59, 260, 267, 271, 272, y 274.

6. Ambito funcional y material de las nulidades.

Para un correcto emplazamiento de la temática cabe distinguir en la actuación del directorio, por un lado, el ámbito interno deliberativo, comprensivo de la ges-

tión administradora, art. 267; y por el otro, la actuación externa representativa.

En consecuencia, la invalidez de los actos del directorio se refiere al ámbito interno de la sociedad. La irregularidad del acto de administración resulta inoponible a terceros, éstos carecen de legitimación para demandar la nulidad de los acuerdos directoriales.

El directorio debe actuar dentro de las pautas obligacionales que le marca la ley societaria, debiendo someter tanto su funcionamiento, en cuanto a su constitución, convocatoria, quorum y mayorías, como el contenido o legitimidad de sus resoluciones, a dicho encuadramiento legal y estatutario.

De conformidad a lo expresado Otaegui (Op. cit. pag. 298) (29) realiza el siguiente esquema sobre las nulidades de las resoluciones del órgano de administración:

*1. Los vicios de legitimación, capacidad o consentimiento de directores que afecten al quorum o a la mayoría, conducen a una nulidad relativa, art. 1048, confirmable, art. 1059, y prescriptible, art. 4023.” El plazo de prescripción es el trienal del art. 848 inc. 1 del código de comercio, por tratarse de una acción derivada del contrato de sociedad, aún cuando podría pensarse que resulta de aplicación el art. 847 inc. 3 del mismo cuerpo legal, o la caducidad dispuesta por el art. 251 de la ley de sociedades.

*2. El vicio de competencia del órgano motiva una nulidad absoluta inconfirmable del art. 1047 del C.Civil y en opinión de Otaegui imprescriptible.”

*3. El vicio del objeto de la resolución por ser contraria al objeto social y al orden público en sentido lato lleva a una nulidad absoluta, inconfirmable e imprescriptible.”

*4. El vicio de la forma del acto origina una nulidad relativa, art. 1048, de prescripción trienal.”

*5. El vicio en la causa del acto por haber actuado directores en conflicto de intereses provoca una nulidad relativa confirmable en el caso del art. 272 de la ley de sociedades. Por el contrario, en el caso del art. 271, la propia normativa imponía la sanción de nulidad.”

En esta línea, debe establecerse como una diferencia del régimen societario con el Código Civil el carácter no retroactivo de la declaración de nulidad, tal como surge de la correcta interpretación del art. 252 de la ley 19550 que hace inaplicables los art. 1050 y 1052 del Código Civil.

En orden a clarificar aún mejor los motivos que vician los acuerdos del directorio podemos citar la clasificación que realiza Losicer (op. cit. pag. 163)(30) sobre los requisitos de validez extrínsecos y los requisitos de fondo.

Los primeros son los siguientes:

a) regularidad de designación de los miembros del directorio, art. 255.

b) regularidad de la convocatoria, art. 267. con la correspondiente citación a todos los directores y al órgano de fiscalización se lo hubiere.

La correspondiente citación resulta necesaria, atento el carácter colegiado del órgano directorial, sin que pueda alegarse que la ausencia del tal recaudo no impidió obtener el quorum o mayoría suficiente para una resolución válida, art. 259. Ello pues la opinión de los ausentes, aún cuando sean minoritarios, puede influir decisivamente en la consideración y evaluación de los asuntos y negocios tratados, tal como lo señala la doctrina (Halperín, op. cit. pag. 439)(31).

c) quorum que ha de establecerse de conformidad al número de directores establecido en el estatuto.

d) mayorías que serán también las requeridas estatutariamente debiendo aclararse que siempre será necesaria la mayoría absoluta, la mitad más uno o más de la mitad.

e) lugar de celebración que normalmente será la sede de la administración de la sociedad, sin perjuicio que en la citación se designe otro lugar que deberá estar suficientemente justificado en la convocatoria.

f) acta que deberá labrarse de conformidad al art. 73 de la ley societaria.

En una palabra, cualquiera de estos requisitos que resulte viciado afecta el acto jurídico en sus elementos formales y puede dar lugar a una impugnación de nulidad.

Con relación a los requisitos de fondo podemos decir que la actuación del directorio debe encuadrarse en los límites de la función de administración de los negocios ordinarios, o sea, dentro de la competencia del órgano y estar comprendidos en el objeto social.

La resolución será impugnabile si se ha cometido fraude, exceso de poder o abuso del derecho o se ha excedido la competencia del órgano o contravenido el objeto social. Igualmente estará viciada la desición que implique actos de administración irregular o existan contrataciones prohibidas, art. 271, o cuando mediaré interés contrario, art. 272, o se comprobasen actividades en competencia, art. 273, o se hubiese afectado el derecho de suscripción preferente, art. 194, como así también, si se hubiese incumplido el régimen de administración o representación, art. 58, el sistema de las prestaciones accesorias o se hubiera violado las prohibiciones de los arts. 222 y 224.

Ahora bien, corresponde aclarar que, como enseña Otaegui(op. cit. pag. 395)(32) la acción de impugnación societaria no excluye la acción de nulidad del Código Civil cuando el acuerdo asambleario es contrario al orden público. En este caso la nulidad es absoluta, inconfirmable e imprescriptible.

Por su parte, Halperín (op. cit. pag. 460)(33) entiende que las nulidades son absolutas cuando se afectan normas de orden público o derechos inderogables de los accionistas.

7. Legitimación para impugnar

Otro aspecto debatido sobre este tema lo constituye la determinación de los sujetos legitimados para promover la impugnación de los acuerdos del directorio.

La posición doctrinaria mayoritaria se refleja en la opinión de Otaegui (Op. sit. pag. 299) (34) quien entiende que la legitimación para demandar la nulidad corresponde a la sociedad, previa resolución asamblearia, a los directores disidentes y ausentes, al síndico y a los consejeros, y al accionista, cuando haya agotado las instancias societarias que correspondan, como así también, a la autoridad de contralor.

Por el contrario, se ubican en una posición restrictiva Butty y Carvajal (Aspectos generales de la nulidad e impugnación de las decisiones del Directorio, ponencia presentada al Segundo Congreso de Derecho Societario, Actas pag. 65) (35)

quienes entienden que la puede pedir la autoridad de contralor, negando la posibilidad al accionista, a la sindicatura y a los directores disidentes y ausentes.

Nissen y Vítolo (Op. sit. pag. 974) (36) se ubican en la tesis amplia expresando que la legitimación del accionista resulta incuestionable, ya que, ningún sentido tendría que el legislador le haya otorgado el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el Directorio, si no se admite la posibilidad de impugnar las resoluciones que determinan dicha responsabilidad, con el objeto de evitar el daño en el patrimonio social.

El argumento aludido sirve también para responder las opiniones de quienes niegan la legitimación fundados en la necesidad de preservar la gestión de la sociedad, ya que, en definitiva, no sólo los directores y síndicos, sino también los accionistas tienen el derecho de tutelar la gestión social a través del ejercicio “uti singuli” de las acciones de responsabilidad. Por ello, les cabe la posibilidad de impugnar las decisiones de las cuales surge dicha responsabilidad.

En igual sentido se pronuncia Bendersky (op. cit. pag. 204)(37) quien expresa que están legitimados la autoridad de contralor, de conformidad al art. 303 inc. 1 y 3; los directores ausentes y disidentes, la sindicatura y el consejo de vigilancia.

En cuanto al accionista, el autor citado sigue a Halperín, definiéndose por su legitimación para impugnar y agregando que las instancias societarias son facultativas, por lo que, no se requiere el agotamiento de la vía contractual para demandar la nulidad por vía de acción judicial, adhiriendo en este tema a la tesis amplia.

Richard (op. cit. pag. 550)(38) nuevamente entiende que la necesidad de agotar la vía societaria interna dependerá de las circunstancias de cada caso pues, en ciertas hipótesis puede carecer de eficacia práctica y aún más prolongar el agravar el conflicto.

La vocal Ana I. Piaggi, en la causa Noel que hemos citado supra (idem nota no.18) (39) se inclina por la inutilidad del agotamiento de la vía societario destacando que en el caso “el actor podría haberlo planteado en la asamblea si se le hubiese brindado la oportunidad de concurrir y no se hubiese afectado su derecho de información...De proceder de buena fé el directorio debió tener en cuenta la situación deficitaria de la sociedad y que el acto que se proponía era propia de la asamblea...Agréguese a lo anterior que la ratificación por la reunión de socios de la anómala resolución del directorio no pudo ser saneatoria...La situación descripta demuestra la inutilidad del paso previo, por lo que, la instancia judicial se encuentra expedita.(conf. Cám.Nac. de Comercio, voto del juez Morandi in re Kraft Guillermo c. Motormecánica saic. 24/9/80, L.L. 1982-A, 80)”.

Sin embargo, esta última cuestión de las vías contractuales societarias parece más difícil de resolver pues, la doctrina mayoritaria insiste en sostener este camino.

Frente a un acuerdo inválido del Directorio, la necesidad de convocar de inmediato a una asamblea de accionistas puede ser una vía muerta, en función de los porcentajes de capital requeridos para esta alternativa, como se desprende las opiniones relacionadas.

Cabría sostener que el accionista minoritario puede denunciar ante el síndico el vicio que afecta a la resolución directorial e intentar por esta vía el agotamiento del camino societario.

Esta problemática es la que complica la legitimación del accionista y por ello, parece coherente sostener que el accionista podrá impugnar de nulidad al acuerdo

directorial solo cuando esté en condiciones de ejercer la acción de responsabilidad social “uti singuli”, o sea, cuando lo haya resuelto la sociedad o haya ejercido la oposición del art. 275.

En los demás casos, así como está vedado para el accionista minoritario el ejercicio de la acción social de responsabilidad, es congruente vedar el camino de la impugnación de los actos del rectorio, en tanto no haya intentado agotar la vía interna societaria.

Va de suyo que cuando la responsabilidad surga de actos que violan la ley, el estatuto o el reglamento no hay posibilidad de aprobación asamblearia y por ende, dicha responsabilidad como la impugnabilidad de la resolución directorial puede ser promovida por el accionista, aunque sea minoritario, sin necesidad de recurrir a la vía societaria, tal como lo sostuvo la ponencia presentada al Primer Congreso de Derecho Societario, presentada por Efraín H. Richard, José Ignacio Romero e Ignacio Escuti.(Actas, t. III, pag. 157)(40).

8. Aspectos procesales y prescripción de la acción de nulidad.

Los aspectos procesales que conlleva la impugnación de las resoluciones del Directorio permiten aplicar las soluciones que contemplan los art. 251 y 254 de la ley societaria.

La sociedad, previa resolución asamblearia, se halla legitimada para plantear la nulidad.

Halperín (Op. cit. pag. 439)(41) expresa que le corresponde a la asamblea el examen y juicio amplio de la actuación del directorio, juicios de legitimidad y de mérito, sea como materia expresamente incluida en el orden del día, sea como cuestión incidental derivada de otro tema incluido.

En efecto, la aprobación asamblearia del acto conlleva una suerte de desplazamiento del asiento de la invalidez del órgano de administración al órgano de gobierno con los alcances, limitaciones y responsabilidades previstas en el art. 275.

La minoría debería en este caso impugnar también la resolución asamblearia.

Ahora bien, cuando se trata de la acción de directores minoritarios o del accionista a título individual corresponde dirigir la acción en contra de la sociedad, ya que, como lo destaca Bendersky (op. cit. pag. 205)(42) el directorio no es un ente en sí mismo, sino un órgano societario.

Asimismo, resulta factible requerir y obtener la suspensión de la ejecución del acto atacado, tal como lo dispone el art. 252, cumplimentando los recaudos de admisibilidad de dicha norma, a saber: a) acreditar los motivos graves que traerían aparejados la ejecución del acuerdo y; b) otorgarse garantía suficiente para responder por los daños que la cautelar pudiera causar a la sociedad.

Por su parte, cuando exista pluralidad de acciones deberán acumularse.

En cuanto al plazo vigente para promover la demanda de nulidad hemos podido advertir las diversas opiniones existentes. Otaegui (Op. cit. pag. 299) (43) sostiene que las nulidades societarias que no tienen un plazo especial se hayan sujetas al plazo trienal del Código de Comercio en su art. 848 inc. 1 y no al del art. 847 inc. 3, por tratarse de acciones derivadas del contrato social.

Nissen y Vítolo (Op. cit. pag. 977) (44) se pronuncian por la aplicabilidad del

término de caducidad dispuesto por el art. 251, o sea, el plazo de tres meses de la clausura del acto.

Los autores citados en último término traen en su apoyo la jurisprudencia admitida por la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, que en la causa “Barbosa, Adalberto c. Damonte, Gerónimo” optaron por la aplicación analógica del art. 251 sosteniendo la necesidad de congruencia entre el plazo de impugnación de los acuerdos asamblearios y el término para igual remedio judicial de las resoluciones directoriales, sobre todo cuando estos últimos son de ejecución inmediata.

No cabe duda que la solución que se aplica en este tema es de indudable gravitación práctica, ya que, una cosa es un plazo de prescripción de tres años, y otra muy distinta, una caducidad de tres meses. La diferencia es sideral no sólo en cuanto al plazo en sí mismo, sino también, en cuanto al diverso funcionamiento entre la prescripción y la caducidad que torna mucho más severa a esta última.

Bendersky (op. cit. pag. 208)(45) se pronuncia por un sistema diferente expresando que, si no existe resolución asamblearia que apruebe el acto, el plazo que corre es el de caducidad del art. 251 pero, si la asamblea ha desaprobado el acto, entonces sí correría el plazo del art. 848 inc. 1 del Cód. de Comercio.

Por nuestro lado, coincidimos con el criterio de Nissen y Vítolo (op. cit. pag. 972)(46) en el sentido de aplicar la normativa contenida en el art. 251, o sea, el plazo de caducidad de tres meses desde la realización del acto o desde que el mismo llegó a conocimiento del impugnante.

Con vemos, con respecto al comienzo del cómputo del plazo de caducidad, la situación varía según se trate de directores o síndicos o accionistas.

En el caso de los directores y síndicos el plazo debe computarse desde la clausura de la reunión del Directorio y ello se explica por el necesario conocimiento que dichos funcionarios deben tener sobre el funcionamiento del Directorio.

Por el contrario, para los accionistas, el plazo el plazo de caducidad debe computarse desde la fecha en que tomaron conocimiento del acto atacado pues ellos no tienen por que conocer el día de reuniones del Directorio.