

IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL DIRECTORIO

JORGE ALBERTO LOSICER

PONENCIA

La Ley de Sociedades no regula la nulidad de decisiones del directorio; pero no las prohíbe.

El acto directorial es un acto jurídico y como tal ha de ser lícito en cuanto a su objeto y su forma.

El defecto de alguno de esos requisitos aparece su nulidad.

El acto decidido y celebrado con un tercero de buena fe a título oneroso, aun cuando contaminado de esos vicios, ha de quedar firme e inoponible al mismo, ello así en beneficio de la seguridad jurídica y la apariencia de validez; sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad societaria y general incurrida por los autores del acto.

El acto viciado, pero en estado virtual, esto es, interno, sin exteriorización y afección de derechos de terceros, es atacable de nulidad con efecto *erga omnes*, como cualquier acto ilícito.

La pretensión de previo agotamiento de vías internas societarias —en la especie, por acto asambleario— por su natural tardanza y riesgo de ineficacia frente a terceros, hace ilusoria la eventual defensa.

En esa situación larval, la acción de nulidad de la resolución directorial y la medida precautoria tramitada a su abrigo, se erigen no sólo como posibles, sino, en muchos casos, como únicas vías de eficaz resguardo del interés de la sociedad y de los socios.

FUNDAMENTOS

1. Breve referencia a la nulidad de decisiones asamblearias

- 1) Según lo previsto por el art. 251 de la Ley de Sociedades Comerciales n° 19.550 y sus modificatorias (L.S.), las decisiones asamblearias

- pueden ser impugnadas de nulidad por la violación de la ley, del estatuto o del reglamento.
- 2) Son sujetos legitimados para tal acción:
 - a) los accionistas que no hubieran votado favorablemente en la respectiva decisión;
 - b) los ausentes que acrediten la calidad de accionista a la fecha de la decisión impugnada;
 - c) los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia; y,
 - d) la autoridad de contralor.
 - 3) Para invalidar el acto atacado es preciso la declaración de nulidad por una sentencia judicial.
 - 4) Mientras tanto y según el art. 252 de la L.S., puede peticionarse al juez que suspenda la ejecución del acto impugnado a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, y previa contracautela.

2. Examen de la viabilidad de impugnación de las decisiones directoriales

2.1. Introducción y ponencia

En concordancia con las legislaciones y doctrinas comparadas, la ley argentina no contempla instituto equivalente para las decisiones del directorio; esto es, sin prohibirla, no regula la impugnación de la resolución directorial. Tampoco prescribe acerca de la posibilidad de obtener la suspensión precautoria de la ejecución de la decisión del órgano de administración.

Es ponencia de este trabajo que, no obstante el silencio de la ley, el sistema normativo general admite el ejercicio de la acción de nulidad de decisión directorial y la obtención de una medida cautelar a su respecto.

2.2. Fundamentos: El acto directorial como acto jurídico

La resolución del directorio constituye un acto jurídico: un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (art. 944, Cód. Civil).

Como tal, ha de reunir los requisitos de validez propios de todos los actos jurídicos, en la especie, la conjunción de los elementos que la ley previene para otorgarle efectos jurídicos.

Dos son las vertientes que informan tal concepto de validez: las que aquí se denominarán *extrínsecas* o de forma y las *intrínsecas* o de fondo, división que se propone al solo efecto clasificatorio con la prevención de la dificultad en este caso de discernir *stricto sensu* el deslinde entre lo sustantivo y lo adje-

tivo, apreciándose que la forma impuesta al funcionamiento del directorio no es en beneficio de la solemnidad del rito, constituyendo en cambio un requisito esencial atendiendo a la personalidad societaria, al principio orgánico y la consiguiente imputabilidad de sus decisiones a la colectividad subyacente (arts. 1º, 2º, 58, L.S.).

2.2.1. LOS REQUISITOS EXTRÍNSECOS

Con la salvedad antes apuntada, son aquellos que nutren de validez formal al acto, esto es, los elementos que permitan considerar a la resolución como un acto dictado con competencia, pautas enunciadas, en general, en el art. 260 de la L.S., siendo las principales:

- a) Regularidad de la designación de sus miembros (art. 255).
- b) Regularidad de la convocatoria (art. 267) y comunicación a los directores e integrantes del órgano de fiscalización, si lo hubiere.
- c) Lugar de celebración, que ha de situarse en la sede de la administración o en otro sitio en el ámbito del domicilio social —jurisdicción en la que la sociedad está inscrita— (arg. analít. art. 233); aunque podría admitirse excepcionalmente la sesión en lugar extrajurisdiccional en situaciones especiales.¹
- d) Quórum, que ha de regirse por lo establecido en el estatuto, pero que no podrá ser inferior a la mayoría absoluta —más de la mitad— de sus integrantes, aunque haya cargos vacantes.
- e) Mayorías, que serán las que haya establecido el estatuto —pero que no podrán ser inferiores a la absoluta—, computándose los votos de posible emisión (arg. analít. arts. 243 y 244): los de libre abstención deben entenderse como si fueran negativos —desde que no integran los afirmativos que son los que cuentan a este efecto—; en cambio, los votos de abstención obligatoria —v. gr., por tratarse de contrato extraño a la actividad de la sociedad con el director o por existencia de interés contrario (arts. 271 y 272)— no son computables a los efectos del escrutinio del pronunciamiento, aunque integran el quórum.²
Así visto, el quórum y las mayorías pueden ser agravadas, pero no disminuidas estatutariamente.
- f) Acta, que habrá de labrarse en el respectivo libro rubricado y ser firmada por todos los asistentes (art. 73), con un resumen de las de-

¹ ZALDÍVAR, Enrique y otros: *Cuadernos de Derecho Societario*, III, p. 633.

² Conf. ZALDÍVAR, op. cit., p. 631. En contra, Isaac Halperín, quien sostiene que la prohibición de deliberación impuesta al director en estos casos, se extiende al cómputo del mismo como integrante del quórum (*Sociedades Anónimas*, pp. 418 y 442).

liberaciones y manifestaciones, constancia de las resoluciones adoptadas y sentido de los votos identificados individualmente.

La falta de alguno de esos elementos o la transgresión a alguno de los requisitos establecidos por la ley, el estatuto o el reglamento significaría tanto como restarle al acto el requisito de licitud impuesto por el art. 944 del Cód. Civil, abriendo la posibilidad de su impugnación por nulidad.

2.2.2. LOS REQUISITOS DE FONDO

Para la pauta clasificatoria propuesta, se trata de los contenidos sustantivos de la decisión directorial: la función de administración definida como “el conjunto de actos que conforman la transición de los elementos estáticos a la dinámica de la empresa, para desarrollar la actividad que constituye el objeto social”.³

La enunciación discierne entre objeto societario —norma estatutaria que enmarca la imputabilidad al ente (art. 58 cit.) y demarca la responsabilidad de los administradores (art. 59)— y la actividad social, definida como los actos concretos celebrados para el desarrollo del objeto, distinción contemplada en cuanto a la eventualidad de objeto ilícito, actividad ilícita y objeto prohibido (arts. 18, 19 y 20, L.S.).

El acto de administración societaria escapa a la clásica división del derecho de fondo de actos de administración y de disposición, según la cual los primeros —conservativos— son los que no alteran el estado de derecho respecto del bien, y los últimos —enajenativos— los que modifican esa relación.

En derecho societario —como, en general, en derecho comercial—, el acto de administración ordinaria, es el que pone en potencia la aptitud fructificante, lucrativa, de la empresa, sustrato económico de la sociedad, aun cuando ello suponga la disposición de los bienes que integran su activo; así, se administra una empresa adquiriendo y enajenando bienes.

En las sociedades anónimas, la decisión en cuanto a la celebración de tales actos está a cargo del directorio o, en caso de estar instituido, del comité ejecutivo (art. 269), si bien que la resolución tiene virtualidad y efectos en cuanto a la formación de la voluntad interna del ente, sin relación con los terceros, vínculo externo que entablará el representante legal (art. 268, L.S.) y, en su faz ejecutiva, por los gerentes (art. 270, L.S.) o los apoderados especiales,⁴ si los hubiere.

³ ZALDÍVAR, op. cit. p. 565.

⁴ No obstante advertirse en la práctica, se prefiere descartar la figura del apoderado general de administración y disposición de la sociedad, cuya eventual existencia o actuación alteraría el requisito tipificante del órgano de administración.

De lo dicho se desprende que el acto directorial queda enmarcado en su validez en los límites de la función de administración de los negocios ordinarios, lo que señala la frontera con los actos de administración extraordinaria —los que afectan la integridad general de la empresa que constituye su hacienda económica— o los de gobierno, aquellos que involucran o pueden tener influencia en la existencia o estructura misma del sujeto sociedad.

Consecuencia de ello es que el acto excedente de tal competencia orgánica estaría privado del requisito de licitud prescripto por la recordada norma genérica del art. 944 del Cód. Civil.

Desde otro ángulo y si bien que atendiendo a los extremos de la responsabilidad de los administradores, por vía inversa, el enunciado inicial del art. 59 de la L.S. informa sobre otros elementos intrínsecos de validez del acto directorial:

“Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”.

De lo que podría deducirse que la deslealtad o la falta de probidad, a más de involucrar la responsabilidad del director, se erigen en condiciones de validez del acto.

Lo dicho convoca a definir la naturaleza de la relación entre el órgano de administración y la sociedad.

Para no extralimitar los propósitos y extensión de este trabajo, han de enunciarse escuetamente las teorías que la doctrina ha elaborado al respecto:

- mandato;
- mandato necesario;
- contractualista;
- organicista;
- institucionalista.⁵

Conforme la normativa de los arts. 58 y 59, la ley adopta la teoría organicista según la cual las personas que desempeñan las funciones de administración integran un órgano social que, al expresarse, evidencian la voluntad de la sociedad misma: la sociedad se manifiesta a través del órgano.⁶

Con ello se aparta de la noción del mandato que define la relación como un contrato por el cual la sociedad —o los socios— encomiendan a ciertas personas administrar el patrimonio social, lo que permitiría a la sociedad invocar incumplimiento del contrato para desasirse de la obligación impuesta por aquéllos, con la consiguiente inseguridad jurídica y afectación de los derechos de los terceros.

⁵ SASOT BETES, Miguel A., y SASOT, Miguel P.: *Sociedades Anónimas*, El Órgano de Administración, pp. 370 y ss.

⁶ ZALDÍVAR, op. cit. I, pp. 288/9.

Con todo, el enunciado encabezatorio del memorado art. 59 —obligación de los administradores en cuanto a lealtad y diligencia— sin desandar la concepción organicista, sugiere la remanencia de algún resto del criterio contractualista o del mandato.

Piénsese el caso de una decisión directorial respecto de un acto no notoriamente extraño al objeto social y, como tal, imputable a la sociedad (art. 58), pero desleal o no diligente.

Es posible distinguir: si el acto ha sido ya exteriorizado y ejecutado en relación con terceros de buena fe, v. gr., si ha sido celebrado un contrato propio del objeto social pero desleal o ímprobo, podrá atacárselo de nulidad pero aun declarada, será inoponible al tercero de buena fe y título oneroso; ello así en atención al principio organicista (art. 58) y a la personalidad societaria (art. 2º). El acto estuvo ciertamente viciado de nulidad por ilicitud (art. 59), pero se sacrifica el interés de la sociedad y de sus socios en beneficio de la seguridad de los terceros, sin perjuicio de la responsabilidad societaria y general de los autores del acto nulo.

En cambio, nada parece obstar a la extensión *erga omnes* de los efectos de la nulidad si el acto no ha tenido exteriorización, pues no habrá conflicto entre el interés social o de los socios con el de los terceros inocentes, quedando así expuesta la ilicitud intrínseca del acto desleal o ruinoso.

2.3. Efectos prácticos de la posibilidad de la acción de nulidad de decisión directorial

Sin entrar en casos raros de flagrante invalidez, se ejemplificará con algunos supuestos, no del todo infrecuentes en la práctica, de vicios en los requisitos aquí llamados extrínsecos o de forma o de fondo o intrínsecos.

Se supondrá una sociedad cuyo estatuto no establece quórum ni mayorías agravadas, con un directorio de cinco miembros:

- a) Celebra una reunión convocada por el presidente, pero no comunicada a dos directores ni al síndico, con quórum de tres, y que decide con una mayoría de dos a uno vender todo el stock de mercaderías al costo, contrato a ser celebrado en forma inmediata.
- b) Presentes los cinco directores y el síndico, tres miembros votan favorablemente —imponiendo así la decisión— respecto de la venta de un importante bien de uso de la sociedad, a esos mismos tres directores, decidiendo la celebración del contrato en forma inmediata.
- c) Los tres directores mayoritarios votan por no presentar a la sociedad a una licitación pública a la que concurre otra empresa o sociedad que aquéllos integran o son directores o accionistas.
- d) Los cinco directores, ahora en forma unánime y en evidente beneficio de los competidores, deciden cesar en la producción de la principal línea de mercaderías.

- e) Los cinco directores por unanimidad deciden integrar una unión transitoria de empresas con una sociedad en estado de concurso preventivo asumiendo solidaridad frente a la contraparte contractual.

Nótese que todos esos actos serán oponibles a la sociedad, pues no son notoriamente extraños al objeto social (art. 58).

Aun cuando en todos los casos, simultáneamente con la adopción de las respectivas decisiones, esos directorios convocaran a asamblea para someter la gestión del caso a su aprobación, es claro que tal eventual pronunciamiento será tardío o ineficaz. Lo primero, por la intempestividad del acto decidido y el natural efecto de los plazos impuestos por el art. 237 (dada la mala fe implicada, se descarta la posibilidad de llamado a asamblea sin publicación; íd. últ. parte); lo segundo, toda vez que celebrado el acto con el tercero, la nulidad no le será oponible o siéndolo —v gr., casos b) o c)—, en todo caso, deberá afrontarse la eventualidad de insolvencia o bien, la efectiva inoponibilidad a un sucesivo tercero de buena fe.

En tal estado, nada impide y por tanto es viable impugnar de nulidad la decisión directorial, acción principal que permitirá peticionar una medida cautelar analógica a la prevista en el art. 252 de la L.S., o la de no innovar, prohibición de contratar o genérica, reguladas en los arts. 230, 231 y 232 del Cód. Procesal.

Así visto, la sociedad, los directores, el órgano de fiscalización y los accionistas contarán con un mecanismo eficaz para preservar el interés de la sociedad y el suyo individual.⁷

Claro está, la declaración de procedencia de la acción de fondo como la concesión de la cautelar deberá estar sustentada en la clara verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la prestación de contracautela suficiente, requisitos genéricos que en el caso habrán de extremarse con un criterio particularmente restrictivo, lo que aventará el riesgo de maniobras obstaculizantes o extorsivas.⁸

Así visto, la acción de nulidad de resolución directorial y la eventual medida precautoria tramitada a su abrigo, se erigen no sólo como posibles, sino, en muchos casos, como únicas vías de eficaz resguardo del interés de la sociedad y de los socios.

⁷ Aun cuando aceptando la eventual procedencia de la acción, en contra de la legitimidad del accionista y del síndico, Enrique M. BUTTY y Juan C. CARVAJAL, "Aspectos Generales de la Nulidad e Impugnación de las Decisiones del Directorio", Segundo Congreso de Derecho Societario, I, pp. 65 y ss.

⁸ Ver BUTTY - CARVAJAL: op. cit.