

LA IMPUGNACIÓN DE DECISIONES DEL DIRECTORIO EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA A LA LEY DE SOCIEDADES

JORGE BAZÁN

La incorporación por parte del Anteproyecto de reforma a la Ley de Sociedades del instituto impugnativo de las resoluciones del directorio da por terminado un polémico capítulo en punto a su admisibilidad.

Sistematizado en el artículo 267, su nueva redacción otorga legitimidad a los directores disidentes o ausentes, miembros del consejo de vigilancia y síndicos mientras que su último párrafo lo hace a favor de los accionistas en los siguientes términos:

“Artículo 267. Directorio: reuniones; convocatoria; impugnación.- El directorio se reunirá, por lo menos una vez cada TRES (3) meses, salvo que el estatuto exigiere mayor número de reuniones, sin perjuicio de las que se pudieren celebrar por pedido de cualquier director. La convocatoria será hecha, en este último caso por el presidente para reunirse dentro del QUINTO (5°) día de recibido el pedido. En su defecto, podrá convocarla cualquiera de los directores. El

reglamento debe determinar la forma de la convocatoria, que incluirá los temas a tratar.

Impugnación. Las resoluciones adoptadas sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 260 y los de convocatoria fijados en el párrafo anterior, son impugnables ante la próxima asamblea que se celebre por los directores que hayan dejado constancia escrita de su protesta, los ausentes, los miembros del consejo de vigilancia y los síndicos, a los fines del artículo 275.

Son judicialmente impugnables por los socios las resoluciones del directorio que sean lesivas de sus derechos. El plazo cursa en este caso desde que conoció la resolución, pero prescribe transcurridos TRES (3) años desde su fecha”.

De esta manera, el Anteproyecto viene a cubrir un vacío legislativo -deliberado sin duda- de la Ley 19.550 que tanto la doctrina como la jurisprudencia se encargaron de atender con diferentes modalidades, incluso aún, buscando una explicación razonada al interrogante abierto como consecuencia de tal laguna.¹

La discusión tiene sus años pues según he podido verificar, en el año 1892, el Dr. Lisandro Segovia en su obra “Explicación y Crítica del nuevo Código de Comercio”, al comentar el artículo 353, entiende que se encuentra legitimado “cualquier socio” a impugnar una resolución de la asamblea o del directorio cuando es violatoria de la ley, del acto constitutivo o de los estatutos.² Muchos años más tarde, niega tal posibilidad Zavala Rodríguez sosteniendo que el mentado artículo refería solamente a la asamblea.³

A partir del dictado de la ley 19.550 y más aún, de su reforma del año 1983 por medio de la ley 22.903, que tampoco incorpora el instituto, el planteo de la temática dividió a la doctrina y jurisprudencia en dos grandes corrientes, a saber: i) aquellos que no aceptaron la factibilidad impugnativa de las decisiones del directorio; tal el caso “Vistalba S.A. c/Banco de Galicia”⁴ o autores como Eduardo Mil-

¹ Nissen Ricardo y Vitolo Daniel, “La impugnación de decisiones del directorio” L.L. 1990-B-966

² Segovia Lisandro, “Explicación y Crítica del nuevo Código de Comercio”, Tomo 1, pág.400, nota 1296. Félix Lajouane, Editor, 1892.

³ Zavala Rodríguez Carlos, “Código de Comercio” Vol. 1, pág.433, Depalma, 1971

⁴ CNCom., Sala A 11/12/86, L.L. 1987-B-346.

berg, Alberto Verón y Mariano Gagliardo⁵ y, ii) quienes sí lo hicieron, aunque dentro de estos últimos mostrando diversidad de criterios en punto a la legitimación activa, procedimiento, y plazos de prescripción⁶.

Ahora, el Anteproyecto anuncia la recepción de la corriente admisible a la impugnación pero, a poco que se profundiza en su estudio, se advierte que:

- a) No habilita la acción judicial impugnativa a favor de los directores, cambiando de tal manera su naturaleza;
- b) Ni los directores disidentes o ausentes, síndicos y miembros del consejo de vigilancia se encuentran legitimados frente a supuestos de resoluciones contrarias a la ley, el estatuto o el reglamento;
- c) Respecto de los síndicos y miembros del consejo de vigilancia no les impone la obligación legal de convocar en forma

⁵ Milberg Eduardo, "Algo más sobre la impugnación de las decisiones de directorio" *Información Empresaria* N°243-18; Verón Alberto, "Nulidades societarias. Sistema de voto acumulativo. Protección de abuso de mayorías y minorías", LL, 1987-B-335; Gagliardo Mariano, "Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas", pág.251, Abeledo Perrot 1994, citados por Julio Otaegui en "Sobre la legitimación de los accionistas y la impugnación de las resoluciones directoriales" E.D. T°168-474.

⁶ Halperin Isaac-Julio Otaegui. "Sociedades Anónimas" pág.530. Depalma 1998. Zaldivar Enrique y otros, "Cuadernos de Derecho Societario", Tomo II, 2ª parte, 534, Abeledo Perrot, 1975; id. Vol III, Sociedades por Acciones, pág.472. Abeledo Perrot, 1980; Romero Jose, Escuti Ignacio y Richard Efraim H, "Impugnación de las resoluciones del directorio que se atribuye funciones no propias" Primer Congreso de Derecho Societario, La Cumbre 1977, II pág.157; Farina Juan, "Tratado de Sociedades Comerciales" parte especial, II-B, "Sociedades Anónimas", pág.371, Zeus Editora Rosario, 1978; Butty Enrique y Carvajal Juan C., "Aspectos generales de la nulidad e impugnación de las decisiones del directorio", Segundo Congreso de Derecho Societario, Comisión I: Administración y Fiscalización Privada, Cámara de Sociedades Anónimas, pág.65, 1979; Mugullo Roberto "La impugnación de las decisiones del directorio" *La Información*, T° LVIII, pág.773; Bendersky Mario, "Invalidez de los actos del directorio de las sociedades anónimas", en *Temas de Derecho Comercial-Instituto Argentino de Derecho Comercial, Conflictos societarios*, pág 196, Abaco 1983; Nissen Ricardo "Ley de Sociedades Comerciales" T° 2, 634, Depalma, 1983; Nissen R. Y Vitolo Daniel "La impugnación de las decisiones del directorio" LL.1990-B-966; Luchinsky Rubén, "Invalidez e impugnación del Directorio" Congreso Argentino de Derecho Comercial, 1990 Vol 2, 169-Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, 1992; Martorell Ernesto, "Los directores de sociedades anónimas" pág.331, Depalma 1990; Mascheroni Fernando y Muguillo Roberto "Régimen jurídico del socio", pág. 46, Astrea 1996. Otaegui Julio, "Invalidez de los actos societarios" pág.423, Abaco 1978; id. "Administración Societaria", pág. 297, Abaco 1979. En cuanto a la jurisprudencia que aceptó la impugnación de las resoluciones del directorio cabe citar: "Saiz, Marta c/Camper S.A", CNCom. Sala C, LL 1979-D-33; "Paoli de Yechillán, Josefina c/Kleiman Mario", CNCom. Sala B, LL 1990-B, sec. Doctrina; "Kraff, Guillermo Ltda. c/ Motormecánica S.A.", CNCom. Sala B, ED t°91-492; "Noel Carlos c/Noel y Cia S.A." CNCom. Sala B, ED. 168-473.

- inmediata una asamblea a fin de prevenir el daño o bien, de informar a los accionistas;
- d) En cuanto a los socios, no establece una tenencia accionaria mínima para su ejercicio;
 - e) Ha omitido fijar un plazo cierto para la promoción de la acción judicial impugnativa habilitada para éstos;
 - f) El plazo de prescripción, para este último supuesto, no se condice con la naturaleza de los actos directoriales.

a) Inadmisibilidad de la impugnación judicial de las resoluciones del directorio a favor de los directores. Cambio de su naturaleza.

Conforme se desprende de la redacción dada al art. 267 del Anteproyecto a los directores disidentes o ausentes, miembros del consejo de vigilancia y síndicos sólo les cabe la impugnación de las decisiones del directorio ante la asamblea de accionistas, con lo cual y respecto de los primeros -toda vez que en relación al consejo de vigilancia y síndico el procedimiento es correcto pero contradictorio con sus obligaciones tal como se verá en el punto c)-, no sólo les veda la vía judicial sino que tal “impugnación” deviene en una denuncia ante el órgano de gobierno “...a los fines del artículo 275”, cambiando de esta manera la naturaleza de la acción impugnativa cuya pretensión procesal conlleva la declaración de nulidad o ineficacia del acto jurídico⁷ en procura de evitar daños al patrimonio de la sociedad o de los socios. Por el contrario, las acciones de responsabilidad presuponen la existencia de un daño ya producido y el eventual resarcimiento del perjuicio sufrido por la sociedad o los accionistas.

La viabilidad impugnativa judicial a favor de los directores resulta del principio que enseña el maestro Halperin “...de que si cabe hacer responsables a los directores por las decisiones y su ejecución

⁷ Resulta pacífica la interpretación que las resoluciones del directorio son actos jurídicos, conf. Otaegui Julio, “Sobre la legitimación de los accionistas y la impugnación de las resoluciones directoriales” E.D. T°168-476; Halperin Isaac-Otaegui Julio, “Sociedades Anónimas”, pág.531, Depalma 1998; Bendersky Mario, ob.cit. en cita 6, pág.201; Gregorini Clusellas Eduardo “Las decisiones del directorio. Su impugnación y legitimación”, LL. 1996-D-638; Barreiro Rafael, “Invalidez de las decisiones del directorio”, Ponencia en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, Tomo I, pág.180.

(arts.274 y 275, L.S.), es menester reconocer el derecho a la impugnación”⁸.

b) Omisión de supuestos de resoluciones contrarias a la ley, el estatuto o el reglamento.

La legitimación a favor de los directores disidentes o ausentes, miembros del consejo de vigilancia y síndicos deviene únicamente en los casos de “*resoluciones adoptadas sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 260 y los de convocatoria...*”. El artículo 260 del Anteproyecto refiere a la organización, funcionamiento y constitución del directorio, como también a la confección de sus actas de reunión, deliberación de directores a distancia y la exhibición de tales actas. Dichos supuestos, más los de convocatoria del propio artículo, importan la existencia de vicios de forma, habiendo omitido aquellos de fondo como serían las resoluciones cuyos contenidos sean contrarios a la ley, el estatuto o el reglamento como bien lo dispone en su art. 251 respecto de las asambleas y el proyectado art. 294 (atribuciones y deberes de la sindicatura) que en su inciso 9º expresamente alude a “*operaciones o decisiones que puedan contrariar la ley, el estatuto o el reglamento*”.

La complejidad que presenta el concepto y contenido de la competencia del directorio, entendida ésta como “*la medida del poder jurídico de actuación de cada órgano societario*”, tema expuesto magistralmente por el maestro Carlos Suárez Anzorena⁹, importa la necesaria adecuación de sus resoluciones a la ley, el estatuto o el reglamento, -respecto del último, ahora aún más ya que adquiere mayor gravitación en el Anteproyecto-, de allí que habilitar a los directores disidentes o ausentes, síndicos y al consejo de vigilancia sólo a la impugnación de aquellas que presentan vicios formales deviene una omisión que debe ser subsanada. Ello además y como se dijo, en razón de ser las resoluciones del directorio actos jurídicos que requieren la confluencia de determinados elementos en punto al sujeto, objeto, forma y causa (sin perjuicio de la doctrina anticausalista; Belluscio-Zannoni,

⁸ Halperin Isaac-Otaegui Julio, ob.cit, pág.533.

⁹ Suárez Anzorena y otros, “En procura de una más precisa delimitación de la competencia del directorio de la sociedad anónima nacional” R.D.C.O. 1982, pág. 817 y sig.

Código Civil, t.4, pág.279, Astrea 1982).

c) De la impugnación “... ante la próxima asamblea” ordinaria.

En el punto a) he tratado la imposición legal del art. 267 del Anteproyecto traducida en que la “impugnación” –que no es tal- a favor de los directores disidentes o ausentes, miembros del consejo de vigilancia y síndicos, deberá formularse “... ante la próxima asamblea que se celebre (...) a los fines del art. 275”, criticando en tal oportunidad la inhibición impuesta a los directores de acudir directamente a la vía judicial impugnativa.

Cabe ahora apuntar que, en cuanto a los miembros del consejo de vigilancia y síndicos y por imperio de los artículos 281 -remisión formulada en el inciso “f” (inciso “g” en la L.S) y 294 inciso 9º (11º en la L.S.) éstos tienen la obligación de convocar “*de inmediato* (sic) a una asamblea para que resuelva al respecto”, por lo que su conducta se muestra como una obligación legal de cumplimiento imperioso de convocar a asamblea a fin de formular la denuncia preventiva, pero tal como está proyectado lo es “*a los fines del artículo 275*”, es decir, para tratar la acción social de responsabilidad “*en la próxima asamblea*” y no como una tutela anticipada.¹⁰ Siendo ello así, el art. 267, deberá redactarse en consonancia con el art. 294:9 imponiéndoles la obligación de convocar en forma “inmediata” a una asamblea a fin de evitar el daño o bien, de informar a los accionistas para que estos actúen en consecuencia.

d) De la no exigencia de un porcentaje accionario mínimo.

Debo confesar mi sorpresa y en parte beneplácito al ver sistematizado normativamente años de discusión doctrinaria y jurisprudencial en torno a la temática que nos ocupa y a lo cual me he referido al comienzo de este trabajo. Mas debo admitir también cierta preocupación ante tan despojada facultad otorgada al accionista sin que se lo condicione al agotamiento previo de las vías societarias, como tampo-

¹⁰ Embid Irujo José M., “Impugnación de los acuerdos del órgano colegiado de administración”, RDCO-1998, pág.7

co a una exigencia de porcentaje mínimo de capital para el ejercicio de la acción impugnativa.

En cuanto a lo primero, hago propios (aunque debo otra confesión, cual es la de haber aceptado no de buena gana) los argumentos de la doctora Piaggi en el caso “Noel c/Noel” cuando concluye en la inutilidad del paso previo por la asamblea cuando se trata de un accionista minoritario. Y en rigor de verdad es así, ya que la acción de impugnación es un derecho de éstos, toda vez que con tenencias mayoritarias cabría directamente la remoción. Mi lucha interna se vio alentada por los seductores argumentos que en la misma causa mostró el doctor Enrique Butty ¹¹ y el propio doctor Jaime Anaya en “Saiz, María Luisa v. Camper CIF S.A.” ¹² quien apoyándose argumentalmente nada menos que en los doctores Zaldivar y Halperín concluye en que *“el accionista, para ejercer individualmente el derecho de impugnación de las decisiones y deliberaciones del directorio, deberá llevar a pronunciamiento de la asamblea la supuesta nulidad.”*

En punto a la ausencia de una exigencia mínima de capital, parecería que en esto el Anteproyecto legisló pensando más en la pequeña sociedad anónima que en la grande, pues si bien en esta última una cifra del 5% (tomando por ejemplo el porcentaje del 236) representa una participación influyente, no lo es para la primera, toda vez que tal condicionamiento actúa como una de las formas de prevención al abuso del socio minoritario en su ejercicio.

Es que la acción de impugnación de las decisiones del directorio se inspira en el propósito de defender el interés social y en su caso a la minoría, quienes de esta manera tienen en sus manos un mecanismo efectivo de control sobre la gestión de la sociedad.

Por ello, la acción judicial directa y sin exigencias previas, tal

¹¹ El juez Enrique Butty en el referido fallo, luego de remitirse a su ponencia de igual sentido, presentada en el II Congreso de Derecho Societario en Mar del Plata, 1979, conjuntamente con Juan Carlos Carvajal, y de advertir el abandono por la ley 19.550 de la norma del art. 353 del código de comercio, expresa que *“...la distribución de competencias ente órganos diferenciados que, gestionando un interés social de rango empresarial, deben en sus decisiones estar a salvo de impugnaciones cuando quienes las articulen puedan obtener satisfacción mediante el recurso a otro órgano, cuando la ley no otorgue expresamente una vía directa, que es lo que sucede con las deliberaciones directoriales, respecto de las cuales, el estatuto legal societario no reconoce acción específica de impugnación, sin perjuicio del obvio recurso a la Asamblea.”*

¹² LL, 1979-D-33.

como lo norma el art. 267, puede importar un control excesivo sobre el directorio, siendo que éste es un “órgano dinámico de actuación rápida y flexible”¹³, ordenado para la gestión de los negocios sociales y en miras al desarrollo del objeto social.

e) Omisión de un plazo cierto para el ejercicio de la acción en cabeza del accionista.

Tal como está redactado el art. 267 en punto al plazo para el ejercicio de la acción por parte del accionista, se observa una omisión del mismo ya que sólo se limita a establecer desde cuando cursa pero no lo establece, por lo que propongo que sea de tres meses, en correspondencia con el art. 251 y la naturaleza de los actos directoriales.

f) La prescripción final del derecho otorgado al accionista no se adecua a la naturaleza de los actos del directorio.

Termina el art. 267 diciendo que si bien el plazo (?) cursa desde que se conoció la resolución, prescribe a los tres años desde su fecha.

La dinámica de los negocios comerciales impone, a los fines de su certeza y seguridad, plazos de prescripción más breve que en el ámbito civil en razón de tratarse de un derecho emergente de aquellos¹⁴, de allí que Halperín lo califica de “categoría histórica”¹⁵.

Según enseña Suárez Anzorena, cabe al directorio los actos comunes de administración, los “extraordinarios de administración”, los que se encuentran en “zonas grises” y “muestran conflictos de competencia”, los “actos vinculados a su integración y organización interna”, “en relación con la competencia de otros órganos”, “a la actividad político-jurídico-funcional de la sociedad”, “a la organización interna de la actividad y la gestión externa de los negocios sociales”¹⁶. Para Otaegui, los “de gestión operativa destinados a cumplir con el objeto social”, los de “gestión empresarial”, los de “gestión estatutaria” y “la

¹³ Suárez Anzorena Carlos, ob.cit.827

¹⁴ Zavala Rodríguez dice al comentar el art. 844 “La razón de esta mayor brevedad en materia comercial se encuentra en la naturaleza intensa y compleja de las actividades comerciales”. Código de Comercio Comentado, T°VI, pág.23, Depalma 1980.

¹⁵ Halperín Isaac-Enrique Butty, “Curso de Derecho Comercial” Vol I, pág. 4, Depalma 2000.

¹⁶ Suárez Anzorena, ob.cit.

gestión representativa”¹⁷.

Lamentablemente la constricción numérica en punto a la cantidad de páginas me impide el desarrollo en torno a la complejidad y variedad de los actos del directorio, pero sin duda, la suma de actividades que conforman la gestión empresarial tendiente al cumplimiento del objeto social no pueden quedar sometida por tanto tiempo bajo la espada de Damocles. Por ello, concluyo con un interrogante:

¿Es razonable ejercer una acción judicial impugnativa contra una resolución del directorio que muestra una antigüedad de tres años?

El Anteproyecto de reforma a ley de sociedades, en su artículo 267, sistematiza la impugnación de las resoluciones del directorio, advirtiendo que:

- a) No habilita la acción judicial impugnativa a favor de los directores, cambiando de tal manera su naturaleza;
- b) Ni los directores disidentes o ausentes, síndicos y miembros del consejo de vigilancia se encuentran legitimados frente a supuestos de resoluciones contrarias a la ley, el estatuto o el reglamento;
- c) Respecto de los síndicos y miembros del consejo de vigilancia no les impone la obligación legal de convocar en forma inmediata una asamblea a fin de prevenir el daño o bien, de informar a los accionistas;
- d) En cuanto a los socios, no establece una tenencia accionaria mínima para su ejercicio;
- e) Ha omitido fijar un plazo cierto para la promoción de la acción judicial impugnativa habilitada para éstos;
- f) El plazo de prescripción, para este último supuesto, no se condice con la naturaleza de los actos directoriales.

Sin perjuicio de todo ello, estimo sumamente valorable su im pronta normativa que, de convertirse en ley, dará por terminados más

¹⁷ Otaegui Julio, “Sobre la legitimación...”, 480 y sig. También, Halperín-Otaegui, ob.cit. pág.512 y sig.

de cien años de discusión en torno a su admisibilidad.

Se inicia de esta manera un nuevo foro de debate desde otras perspectivas, siendo la promoción de ello el propósito del presente trabajo.