

¿QUIEN ES EL LEGITIMADO ACTIVO PARA DEFENDER A LA SOCIEDAD EN UNA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSION DE LA ASAMBLEA QUE DESIGNO NUEVO DIRECTORIO?

Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval

Ponencia

En una medida cautelar de suspensión de la asamblea que designó nuevo directorio, el legitimado pasivo para defender a la sociedad no puede ser el directorio revocado, ni mucho menos el ex director impugnante. Para garantizar el interés social debe designarse un "representante *ad hoc*" designado por la mayoría de los accionistas, aplicando analógicamente el art. 253, 2º párr., L.S.C..

El fundamento del art. 253, 2º párr., L.S.C., es evitar el conflicto de intereses entre los directores y los accionistas, lo cual en el supuesto planteado es evidente. Existen intereses contrapuestos entre los directores revocados por la asamblea y la sociedad, aun cuando la impugnación haya sido realizada por un solo miembro del directorio y no por todos.

La manifestación de la resolución respecto de la falta de un interés contrario entre el directorio y la sociedad no puede tener ningún fundamento fáctico ni legal. El conflicto de intereses no requiere de ninguna probanza y surge *in re ipsa*.

I. Introducción

La L.S.C. y, fundamentalmente, el régimen cautelar societario no regula acabadamente muchos problemas que plantea la realidad práctica. Muchos de estos conflictos interpretativos deben solucionarse desde la perspectiva de los principios societarios y de muchas otras reglas jurídicas que se integran por una interpretación razonable.

Un caso no previsto por la L.S.C. (ni por el plexo cautelar del art. 252 L.S.C., ni por otros preceptos) radica en la posibilidad de un ex director (que es a la vez accionista) de impugnar una asamblea (v.gr., por un vicio de forma o de fondo) que decidió de revocar el directorio. Es posible -aunque no probable- que junto con la impugnación de la asamblea que decidió revocar el directorio se invoque una medida cautelar de suspensión provisoria de la medida (y con ello, se suspenda el directorio designado por la mayoría accionaria y se reinstale provisionalmente el anterior directorio).

Ahora bien, el objeto de la presente ponencia radica en determinar quien es el legitimado pasivo para defender los intereses de la sociedad mientras se sustancia el proceso habida cuenta de que la demandada en la impugnación de asamblea es la propia sociedad y que la medida cautelar podría haber reinstalado provisoriamente el directorio revocado.

II. Interpretación restrictiva

Nissen señala que debe diferenciarse entre la remoción sin causa o con causa del director removido por la respectiva decisión asamblearia. En el primer caso, y habida cuenta que la remoción sin causa es actuación legítima de la sociedad, expresamente prevista por el art. 256 de la ley 19.550, carece de todo sentido cuestionar tal decisión asamblearia -salvo omisión de los requisitos de convocación y celebración del acto- pues al no existir causa de revocación, no existe tema a discutir en los tribunales. Por el contrario, si el director hubiera sido removido con invocación de justa causa, es lógico que el destinatario de esa medida pueda protestar judicialmente, cuestionando la veracidad de los motivos esgrimidos para alejarlo del cargo, debiendo el tribunal, en caso de constatar la falsedad de ellos, declarar la nulidad de tal decisión asamblearia y reponerlo en el cargo, del cual había sido alejado sin derecho ⁽¹⁾.

Es claro que se trata de un supuesto de "*interpretación absolutamente restrictiva*", pues -en cierto modo- veda la posibilidad

(1) Nissen, Ricardo A., *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, 2º ed., Ad-Hoc, Bs.As., 2006, p. 191.

de los accionistas de designar los directores que consideren apropiados (art. 256 L.S.C.). A diferencia de otras medidas cautelares (v.gr., un embargo) se trata de una medida cautelar que importa una verdadera inmisión en la administración de la sociedad y por ello debe concederse con matiz restrictivo (y con una cautela mayor a cualquier otra medida cautelar, incluso que una intervención).

Debe recordarse que el art. 114, 2° párr., L.S.C., señala que el juez apreciará la procedencia de la intervención con criterio restrictivo. Este matiz interpretativo debe regir también en la medida cautelar en estudio por cuanto tiene una finalidad similar a la intervención judicial de la sociedad, teniendo en cuenta que: (i) la intervención judicial de la sociedad sólo puede ser incoada por los socios; (ii) en la intervención usualmente se designa primero un veedor y luego -en caso de ser necesario- se nombra un coadministrador; (iii) la intervención exige agotar los recursos societarios (pues es una medida interna).

III. Nuestra postura

Creemos que debe designarse un “representante *ad hoc*” designado por la mayoría de los accionistas a los fines de tutelar adecuadamente los intereses sociales mientras dure la medida cautelar que suspendió provisoriamente la decisión asamblearia.

Para ello, la solución del art. 253, 2° párr., L.S.C., resulta aplicable en el presente caso por cuanto señala que cuando la acción sea intentada por la mayoría de los directores o miembros del consejo de vigilancia, los accionistas que votaron favorablemente designarán por mayoría un representante *ad hoc*, en asamblea especial convocada al efecto conforme al art. 250 L.S.C.. Si no se alcanzare dicha mayoría, el juez designará el representante legal.

Esta norma debe aplicarse igualmente cuando la acción haya sido iniciada por un solo director si los otros directores también han sido revocados, habida cuenta del conflicto de interés que puede existir entre los ex directores y la sociedad.

Para ello, cabe señalar que si bien es cierto que la demandada es la sociedad y que está representada por su directorio, no puede entenderse que la sociedad pueda estar adecuadamente representada por integrantes del directorio cuyo mandato no fue renovado en forma expresa (pues la asamblea designó otro directorio). Menos aún en un

pleito en el cual justamente se cuestiona la decisión asamblearia de designación del nuevo directorio y en el que se reinstaló “en forma cautelar” el directorio anterior y en contra de la voluntad de la mayoría de los accionistas.

Una posición contraria importaría una “decisión circular” que afecta gravemente los derechos de la demandada y la dejaría indefensa, pues no permite desarrollar en forma adecuada la defensa de la sociedad en una impugnación asamblearia en la cual el ex director impugnante (y los otros directores reinstalados) tienen un interés directo y personal.

La sociedad podrá estar representada en otro tipo de pleitos por el ex director impugnante (reinstalado provisionalmente, v.gr., juicio civil, laboral, etc.), pero nunca podría estar representada justamente en el pleito que decidió “reinstalarlo” y “remover” provisoriamente el directorio elegido por decisión del cien por ciento del capital social.

Se verifica -además- un supuesto de “acefalia” que habilita el art. 253, 2º párr., L.S.C., por cuanto el directorio “reinstalado” está conformado por varios miembros, aun cuando uno sólo haya sido quien impugnó.

El fundamento del art. 253, 2º párr., L.S.C., es evitar el conflicto de intereses entre los directores y los accionistas, lo cual en este caso es evidente. Existen intereses contrapuestos entre los directores revocados por la asamblea y la sociedad, aun cuando la impugnación haya sido realizada por un solo miembro del directorio y no por todos.

La manifestación de la resolución respecto de la falta de un interés contrario entre el directorio y la sociedad no puede tener ningún fundamento fáctico ni legal. El conflicto de intereses no requiere de ninguna probanza y surge *in re ipsa*.

No se puede alegar la inexistencia de intereses contradictorios entre la sociedad y un ex director impugnante cuando éste impugna una resolución asamblearia para ser reinstalado en un cargo en el cual no fue confirmado al vencimiento del mandato.

Entiéndase bien: la sociedad y el interés social (representado por los accionistas) han elegido un directorio distinto. El director no tiene derecho a permanencia en el cargo. Los accionistas (por unanimidad) pueden tomar este tipo de decisiones libremente.