

¿LA PROCEDENCIA DE LA EXENCION DE RESPONSABILIDAD PREVISTA EN EL ART. 274 L.S.C. REQUIERE UNICAMENTE DEL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ALLI MENCIONADAS?

Guillermo José Cervio

Resumen

El interrogante formulado en el título parece merecer -como primera respuesta- la remisión a su texto normativo, dado que es allí donde se enumeran las condiciones que debe previamente cumplir el director para que opere el instituto de la exención de responsabilidad. En otras palabras, la respuesta sería un lacónico si.

No obstante lo anterior, el estándar del buen hombre de negocios -art. 59 L.S.C.- exigido a los directores de las sociedades comerciales invita a replantear si no se está liberando al director que no está de acuerdo con la decisión que hubiera sido contraria a la ley de llevar a cabo acciones adicionales tendientes a evitar que dicha decisión genere daños y perjuicios a los accionistas y terceros.

El juego de distintos artículos de la L.S.C. permite sospechar que el cumplimiento de las condiciones previstas en el tercer párrafo del art. 274 L.S.C. son necesarias pero no suficientes para eximir de responsabilidad al director que no está de acuerdo con la decisión que, a su criterio, es violatoria de la ley, el estatuto o el reglamento, y/o ha sido adoptada con dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Ponencia

La L.S.C. establece en su tercer párrafo que queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio,

al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial.

El contenido del art. 274 L.S.C. ha sido motivo de análisis por parte de los autores, como asimismo ha merecido el dictado de pronunciamientos en sede judicial tendientes a precisar su alcance. Con el propósito de no extender innecesariamente el presente trabajo la inclusión de varias de estas opiniones y fallos se ha deliberadamente omitido.

La exención de responsabilidad opera a partir del cumplimiento de ciertas condiciones que podrían no ser suficientes para dar por cumplido el comportamiento exigido por el estándar del art. 59 L.S.C..

No se pretende tener una mirada patológica sobre la cuestión; sin embargo, no somos ajenos a lo que ocurre en numerosas sociedades comerciales, donde la generación de daños y perjuicios a los accionistas y a terceros -a partir de decisiones adoptadas por el directorio que exceden los límites de un accionar razonable- amerita una revisión del alcance y contenido de este artículo.

El ámbito donde se adopta la decisión es un primer aspecto de esta norma que plantea interrogantes. En atención a que -de conformidad con la propia L.S.C.- las decisiones del directorio se adoptan en reuniones convocadas al efecto siguiendo el procedimiento previsto en la L.S.C. (arts. 260 y 267 L.S.C.), la referencia que se hace en el art. 274 a la *deliberación y resolución* parecen indicar que se pensó en decisiones adoptadas por el directorio, en reunión llevada a cabo de acuerdo con el procedimiento y forma previstos en la L.S.C.. Algunos autores criticaron esto último alegando que lo habitual consiste en que la actuación ilegítima del directorio, en especial cuando es dolosa, no deja rastros documentales en los libros sociales ⁽¹⁾.

Con independencia de la crítica antes señalada -la cual compartimos- nos preguntamos si sería posible que el director sea considerado responsable por no haber actuado -en los términos requeridos por el art. 274- a partir de una decisión que hubiera sido

(1) Conforme Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, t. 4, Bs. As., 1995, p. 384. Del mismo autor puede verse la ponencia titulada *Exención de responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales*, VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ad-Hoc, Bs. As., 1995, t. I, p. 269.

adoptada no ya en el seno de una reunión de directorio sino de una asamblea de accionistas ⁽²⁾. En efecto, sabido es que los directores tienen derecho y obligación de asistir con voz a todas las asambleas (art. 240 L.S.C.). Y si fuera en el ámbito de una asamblea de accionistas —lugar donde el director debe estar presente y tiene derecho a hablar— donde se adopte la decisión que resulte contraria a la ley: ¿corre también riesgo el director de responder ilimitada y solidariamente por no haber protestado por escrito y comunicado dicha protesta al síndico? ⁽³⁾. ¿No tiene en ese caso el director la obligación —no facultad— de impugnar la resolución adoptada por la asamblea de accionistas que resulta violatoria de la ley a los fines de evitar ser considerado responsable por los daños que la misma pueda generar? ⁽⁴⁾.

En otras palabras, si la decisión que es violatoria de la ley se adoptase en el seno del directorio el director que no está de acuerdo con la misma se liberaría de responsabilidad si deja constancia escrita de su protesta y diera noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial. Por el contrario, si la decisión se adoptase en el seno de la asamblea de accionistas el director debería impugnarla en sede judicial. Ahora bien, aún cuando la ley no incluye la impugnación de reuniones de directorio en su texto normativo, en los hechos —en sede judicial— se ha aceptado su procedencia. Por ello, nos preguntamos: ¿no debería el director —con independencia del cumplimiento de las condiciones exigidas por el art. 274 L.S.C.— impugnar en sede judicial la decisión adoptada por el directorio y que a su criterio resulta contraria a la ley?

La eximente de responsabilidad funciona si el director deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico ⁽⁵⁾ antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a las

(2) Alguien, sin embargo, podría alegar que la inclusión del tercer párrafo del art. 274 L.S.C. en la parte de la L.S.C. destinada a directores limita el ámbito de aplicación al órgano de administración.

(3) Aún cuando, de acuerdo con el art. 294 inc. 3 L.S.C., el síndico también debería estar presente en dicha asamblea.

(4) Art. 254 L.S.C.

(5) La ley ha olvidado mencionar el consejo de vigilancia y la comisión fiscalizadora.

asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial. Con independencia de lo difícil que puede resultar dejar constancia escrita de la protesta ⁽⁶⁾ sobre una decisión que en muchos casos será adoptada por el directorio, o algunos directores, al margen de una reunión de directorio que cumpla con todas las formalidades previstas en la L.S.C., la comunicación al síndico es condición indispensable para que opere la exención ⁽⁷⁾. En aquellos casos en los cuales la sociedad prescinde de sindicatura la comunicación no tendría posibilidad alguna de hacerse. Alguien podría alegar que la norma es clara y requiere que se den las dos condiciones: la protesta por escrito (con el consecuente voto negativo, si hubiera posibilidad de emitirlo) y la comunicación al síndico. Sin embargo, no parece razonable entender que en aquellas sociedades que prescinden de sindicatura el director no puede eximirse de responsabilidad porque no tiene como cumplir el requisito de la comunicación al síndico ⁽⁸⁾.

Ahora bien: ¿qué pasa si el síndico no adopta una actitud tendiente a investigar los hechos invocados por el director que alega que se ha violado la ley? En otras palabras, el director ¿se libera automáticamente con sólo cumplir las dos condiciones antes mencionadas aún sabiendo que el síndico no está investigando la

(6) Apunta Nissen que la protesta del director en el seno del órgano de administración no debe limitarse a una mera disconformidad con lo resuelto por el directorio, sino que debe ser concreta y precisa, permitiendo de esta manera que los demás integrantes del órgano de administración examinen la razonabilidad de las objeciones planteadas (Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, op. cit., p. 384; con cita de CNCCom., Sala C, 28/2/79, "Goldszmid, J. c/ Organización Publicitaria Car S.A.", del voto del Dr. Jaime L. Anaya).

(7) Desde luego, la formalidad de comunicar la protesta no será necesaria cuando el síndico -en cumplimiento del art. 294 inc. 3 L.S.C.- se encuentre presente en la reunión de directorio en la cual se adopta la decisión que motiva el desacuerdo del director.

(8) Vanasco manifiesta que la ley le exige al director que notifique al síndico *si la sociedad funcionara con este órgano* cuál es su posición respecto de la cuestión que se pretende resolver (Vanasco, Carlos Augusto, *Sociedades comerciales*, t. 2, Parte Especial, Bs. As., 2006, p. 645). Por su parte, Mascheroni apunta que *"obvio es agregar que la obligación no rige en las sociedades que prescinden del órgano fiscalizador"* (Mascheroni, Fernando H., *Sociedades Anónimas*, Universidad, Bs. As., 1993, p. 260).

protesta planteada y/o el alcance y efectos de la decisión adoptada por el directorio? ¿Cumple el director con el estándar del art. 59 L.S.C. si el síndico no actúa de conformidad con la ley? ¿El proceder ilegal del síndico no repercute sobre la actuación pasiva del director luego de haber comunicado su protesta al síndico? ⁽⁹⁾.

Debemos tener presente que en numerosas ocasiones el síndico limita su control al denominado control de legalidad y no lleva a cabo el denominado control de gestión ⁽¹⁰⁾. El control de legalidad puede no ser lo suficientemente profundo para evitar que se generen daños a accionistas o terceros ⁽¹¹⁾. En algunos casos, el síndico puede verse

(9) Ello, con independencia de la responsabilidad que pueda atribuirse al síndico por su accionar renuente a cumplir con las obligaciones que le exige la L.S.C..

(10) Es conocida la discusión en torno al alcance que cabe atribuir al control que ejerce la sindicatura. Para algunos se está frente a un control de legalidad; para otros, el control es de gestión. Entre los primeros se ha dicho que la sindicatura tiene funciones de fiscalización de la administración "*pero no de la gestión del directorio*" y "*su actuación (...) se concreta a un control de legitimidad*" (Halperín, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Depalma, Bs. As., p. 529; citado por Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho societario. Los órganos societarios*, Heliasta, t. 4, Colombia, 1996, p. 667). En línea con esta posición se encuentran Miguel A. Sasot Betes - Miguel P. Sasot, para quienes "*su misión es de control y no de administración*" (*Sociedades Anónimas. El órgano de administración*, Abaco, Bs. As., 1980, p. 557). Entre los segundos pueden mencionarse a E. Daniel Truffat y Gustavo A. Naveira, quienes interpretan que el síndico societario no puede realizar esta tarea cabalmente sin hacer control de gestión ("El síndico societario: ¿control de legalidad o de gestión?", E.D., N° 10.490 del 25/4/02). En cualquier caso, y sea que estemos ante un control de legalidad o de gestión, lo cierto es que el síndico será responsable si no llevó a cabo las acciones tendientes a evitar que se generen los perjuicios a partir del accionar ilegítimo del directorio. En esta línea se ha expresado la jurisprudencia (entre otros fallos, ver CNCom., Sala B, 24/6/03, "Forns, Eduardo c/ Uantú S.A.", donde se dijo que "*en la medida en que la ley encomienda al síndico una fiscalización constante, rigurosa y eficiente de las decisiones del directorio de la sociedad anónima (...), la falta del correcto ejercicio de las obligaciones que la normativa societaria le impone, justifica las responsabilidades impuestas por la ley, de las que sólo puede eximirse probando el caso fortuito, la culpa de la víctima o de un tercero extraño, o bien la ausencia de culpa, que consiste en la demostración de que actuó con la diligencia, prudencia, cuidado y pericia que exige la naturaleza del hecho*").

(11) La eventual omisión en su accionar hará responsable al síndico por el incumplimiento a sus deberes. Ello, por cuanto la L.S.C. obliga al síndico a

influenciado por una mayoría de directores que no tenga como objetivo el investigar y/o revisar las decisiones adoptadas y que hubieran sido motivo de protesta por parte de un director "díscolo" ⁽¹²⁾. En estos casos, ¿qué se debe esperar del director que se opuso a la decisión del directorio y que entiende que la misma es contraria a la ley?

El accionar del síndico en línea con lo antes mencionado lo hará responsable solidariamente con los directores por los hechos u omisiones de éstos, cuando el daño no se hubiera producido si hubiere actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias ⁽¹³⁾. Sin embargo, la solidaridad del síndico prevista por la ley no alcanza para desviar la mirada sobre la actitud del director a partir de la inacción (o acción insuficiente) del síndico.

El director de la sociedad debe obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. El faltar a su obligación lo hace responsable, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión ⁽¹⁴⁾. La no impugnación de la reunión de directorio, o la no comunicación a los accionistas de lo que resolvió el directorio y/o del accionar ausente del síndico frente a su denuncia: ¿no hace responsable al director por su omisión? ¿Es un salvoconducto el mero cumplimiento formal de las condiciones previstas en el tercer párrafo del art. 274 L.S.C.? ⁽¹⁵⁾.

fiscalizar la administración de la sociedad, a cuyo efecto debe examinar los libros y documentación siempre que lo juzgue conveniente y, por lo menos, una vez cada tres meses (art. 294 inc. 1 L.S.C.). También se le exige que vigile que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias (art. 294 inc. 9 L.S.C.).

(12) No se nos escapa que pueden existir casos en los cuales el director en minoría utilice la protesta permanente como modo de presión hacia el grupo de directores que conforma la mayoría -lo que podría constituir un abuso de la minoría-; sin embargo, esta práctica, de existir, merecerá la sanción que resultare de aplicación dado que se estaría incumpliendo el estándar previsto en el art. 59 L.S.C..

(13) Art. 297 L.S.C..

(14) Art. 59 L.S.C..

(15) La jurisprudencia ha dicho que "es responsable solidaria e ilimitadamente por los daños causados a la sociedad anónima, el director que omitió las diligencias necesarias que exigían las circunstancias de tiempo, lugar y

Entre las atribuciones y deberes de los síndicos la L.S.C. establece la de investigar las denuncias que le formulen por escrito accionistas que representen no menos del dos por ciento del capital, mencionarlas en informe verbal a la asamblea y expresar acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que correspondan. La L.S.C. agrega que el síndico deberá convocar de inmediato a asamblea para que resuelva al respecto, cuando la situación investigada no reciba del directorio el tratamiento que conceptúe adecuado y juzgue necesario actuar con urgencia ⁽¹⁶⁾.

Quizás sea útil incluir en *la obligación de mencionar en informe verbal a la asamblea* que tienen los síndicos y que se mencionó anteriormente a las denuncias y/o protestas que por escrito le comuniquen los directores en cumplimiento del art. 274 L.S.C.. De esta forma, se desalienta la posibilidad de que el síndico limite su revisión al área del directorio, sin elevar necesariamente el tema al ámbito de la asamblea de accionistas. No se nos escapa que la mayoría de los accionistas, reunidos en asamblea, pueda finalmente validar o ratificar lo que la mayoría de los directores (designados por aquella misma mayoría) resolvió en el seno del directorio. Pero en este caso resultarán de aplicación otros procedimientos tendientes a obtener la nulidad de lo aprobado, como por ejemplo la posibilidad de que lo resuelto en la asamblea de accionistas sea impugnado en sede judicial (por ejemplo, por parte de los accionistas minoritarios).

En otras palabras, nos parece que el cumplimiento de las condiciones previstas en el tercer párrafo del art. 274 L.S.C. son necesarias pero no suficientes para eximir de responsabilidad al director que no está de acuerdo con la decisión que, a su criterio, es violatoria de la ley, el estatuto o el reglamento, y/o ha sido adoptada con dolo, abuso de facultades o culpa grave.

modo para frustrar el incorrecto proceder de otros directores, pues no pudo desconocer las maniobras irregulares que se desarrollaban (...), de haber aplicado la debida atención y preocupación por los asuntos sociales" (CNCom., Sala B, 24/6/03, "Forns, Eduardo c/ Uantú S.A.).

(16) Art. 294 inc. 11 L.S.C..