

## ASPECTOS GENERALES DE LA NULIDAD E IMPUGNACION DE LAS DECISIONES DEL DIRECTORIO.-

Enrique Manuel Butty  
Juan Carlos Carvajal.

### Posibilidad general de la nulidad.-

Aunque alguna doctrina nacional generaliza en torno al problema, [sosteniendo] que se trata de un tema poco considerado por las legislaciones y la doctrina (Zaldivar, "Cuadernos...", Vol. II, 2da. parte, pág. 534, parág. 46.1.22) por donde resultaría que es cuestión opinable incluso lo relativo a la nulidad en sí misma, este aspecto no parece ofrecer dificultades en una correlación con las normas propias de la nulidad en general, provenientes del derecho común: pues si es principio general de derecho que los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención (art. 18 del C. Civil), se sigue como consecuencia forzosa, la nulidad de las deliberaciones de órgano administrativos, contrarias a la ley, o al estatuto, si ello resultara compatible con la materia específicamente societaria. como no se aprecia incompatibilidad de estructura, puede predicarse entonces que las deliberaciones del directorio son susceptibles de nulidad.-

Distinto resulta el aspecto de la legitimación para arguir el vicio; y ésto sí parece fuertemente influido por las características del negocio plurilateral.

En este aspecto, conviene una precisión previa.

En efecto: tan resulta el problema circunscripto a una cuestión de legitimación de particulares, que parece necesario descartar desde ahora aquellas hipótesis en que el órgano judicial pudiese pronunciarse la invalidez **ex officio**, como sucedería en casos de transgresión a normas de orden público y, en general, deliberaciones viciadas de nulidad absoluta.-En estos casos, la posibilidad de pronunciar el juez lisa y llanamente la invalidez -art. 1047. C.C.- se presenta incuestionable y debe ser extraída de los límites del problema en cuanto tal.

### La situación en el Código de Comercio.

El art. 353 parecía, en su genérica redacción, ofrecer la posibilidad de una respuesta positiva a la pregunta acerca de la existencia de legitimados particulares para una acción de impugnación. -En efecto, la norma facultaba a "todo accionista" a "protestar" contra las "deliberaciones" contrarias a la ley y al estatuto, sin distinguir el órgano del que dimanasen tales "deliberaciones".

Ello llevó a algún autor a sostener la tesis amplia: aun el accionista podía impugnar las deliberaciones del directorio y requerir la suspensión contemplada por el art. 353 cit.; y ello con fundamento en que, pese a la ubicación de la norma en la sección correspondiente a las Asambleas generales, la falta de restricción en la letra, más la circunstancia de hecho de concentrarse el poder societario efectivo, en el Directorio más que en cualquier otro órgano, hacían conveniente interpretar en favor de la legitimación del accionista (así, Rodríguez Saa, en E. D. 27-947 y ss.).

Fernández, por el contrario, aunque no exterioriza categórica opinión propia, parece enrolarse en la tendencia negativa, habida cuenta de la contundencia con que reseña jurisprudencia en tal sentido, como las decisiones de la Cám. Com. publicadas en J.A. 19-960 y 1-238 en el sentido de referirse el art. 353 sólo a las resoluciones de la asamblea y no a las del directorio, con fundamento en que aunque el desconocimiento de esa facultad al accionista puede dar lugar a que la medida se haya ejecutado cuando la asamblea se pronuncie acerca de ella, esa posibilidad causaría menores daños que el reconocimiento, porque la asamblea puede convocarse rápidamente, porque el Síndico estaría en condiciones de demandar la suspensión y porque el interés social y particular están suficientemente tutelados por los preceptos que establecen la responsabilidad de los directores y los síndicos y por el que declara que los actos realizados contra las disposiciones de la ley, de los estatutos ó de las asambleas generales no obligan a la sociedad (Fernández, "Cód. Com. coment.", B. Aires 1967, pág. 927).

Por su parte Halperín -quien luego, comentando el régimen de la ley hoy vigente, habría de cambiar de opinión- se adscribe por entonces a la tesis negatoria, con fundamento en la naturaleza del órgano de la administración, sujeto al control de la asamblea, y su falta de vinculación directa con los accionistas, quienes necesariamente actúan en la asamblea y allí juzgan la conducta de los directores ("Manual..." B. Aires,

### **La Doctrina Extranjera.**

La doctrina extranjera parece -en general- admitir la posibilidad de la impugnación por legítimo interesado.

Así por ejemplo Gourlay ("Le conseil d'administration de la Société anonyme" París, Sirey, 1971, 224 y ss., parágs. 411 a 414), expresa que si bien la ley del 24-7-66 ha suprimido el fundamento normativo que aportaba la del 16-11-1940 (que establecía una nulidad "de pleno derecho" para toda deliberación contraria a sus disposiciones), con todo cabe reconocer que las deliberaciones violatorias de una disposición concerniente a la organización y funcionamiento del directorio, aunque producirían una nulidad meramente relativa pues tales disposiciones se dictan en definitiva en el interés de la sociedad y sus accionistas, abrirían vía de impugnación a aquellos a quienes la nulidad busca proteger, entendiendo que se trata de la sociedad, de los accionistas, de los administradores y de los acreedores de los accionistas en acción oblicua. -Menciona fallos de tribunales franceses, que así lo habrían reconocido.

Paolo Greco ("Rivista delle Società", Septiembre-October 1963, pág. 829 y ss., parág. 10) considera, con mención de la autoridad de Pavone La Rosa, que debe considerarse extensible la norma del art. 1421, cód. civil, claramente relativa a la legitimación para la acción de nulidad a las deliberaciones del consejo de administración; estando legitimado el socio, aún en las sociedades de capital, en la medida de su legítimo interés, siempre que se considere la posición de dicho socio en la sociedad, a fin de evitar que por esta vía exceda el límite de la injerencia en la administración que por tal posición le correspondiese.

El análogo sentido, se pronuncia Nicoló Salanitro (Rivista delle Società, Noviembre Diciembre 1964, pág. 952 y ss., "Osservazioni preliminari sull'invalidità delle deliberazioni dei consiglio di amministrazione di società per azioni").

### **La Situación En La Ley 19.550.**

La normativa de este cuerpo legal, abandona la generalidad de redacción del Cód. com. 353, y ubica el precepto del art. 251 en el apartado de las asambleas, bajo el título "Impugnación de la decisión asamblearia", enunciando reglas terminante concernientes a las deliberaciones de dicho órgano.

No obstante, Halperín ("Sociedades Anónimas", B. Aires 1974, pág. 438 y ss.), abandona su ya mentada posición anterior, y preconiza la impugnabilidad de las deliberaciones del directorio, sea por vicios de funcionamiento, o por su contenido (Fraude, exceso de poder o abuso del derecho en perjuicio de la sociedad o de ciertos accionistas por los miembros de directorio que han votado estas decisiones), en acción de la que serían titulares los directores, los accionistas cuando se afecte su derecho individual, y la autoridad administrativa de fiscalización. -Obviamente, sin perjuicio de la competencia de la asamblea para declarar la nulidad; y en cuanto al síndico, estima que deberá convocar a la asamblea (id., el consejo de vigilancia).

Substancialmente, Zaldivar coincide con dicha posición, reconociendo legitimación al director o directores disidentes o ausentes, al síndico, a la sociedad previa resolución asamblearia, y al accionista individual cuando tenga concreto y legítimo interés y haya agotado las instancias societarias ("Cuadernos...", Vol. II, 2a. parte, pág. 335).

Por su parte Jose Ignacio Romero, Ignacio A. Escuti (h) y Efraim Hugo Richard, en ponencia presentada en el anterior Congreso de Derecho Societario que tuviera lugar en La Cumbre (Cba.), parecen pronunciarse por la procedencia de la impugnabilidad de las decisiones directoriales por parte de los accionistas cuando el órgano de ejecución adoptara resoluciones que fuesen propias de la Asamblea, reconociendo asimismo la posibilidad de solicitar en ese caso la aplicación analógica de la disposición del art. 251 de la Ley de Sociedades, inclusive admiten la facultad en dicho supuesto de petición de intervención judicial.

La posición no se comparte por lo que se expondrá "infra", y en lo tocante a la posible intervención judicial, aparece como enteramente ajena a la cuestión en análisis, y su procedencia deberá ser juzgada a la luz de las normas específicas de la ley para dichos supuestos (arts. 113 y stes., Ley 19.550).

Por análogos motivos tampoco adherimos a la posición del Prof. Dr. Otaegui ("Invalidez de los Actos Societarios", B. Aires 1978, pág. 427 y ss., parág. 153). Dicho autor, luego de medulosa exposición sobre los antecedentes del tema termina por adherir a la tesis amplia, reconociendo legitimación al accionista "...dentro de las pautas con que puede solicitar la remoción del directorio..." (op. cit., pág. 429), con mención del art. 114 de la Ley 19.550 Reiteramos que, a nuestro juicio, esta normativa -de índole cautelar en acción circunscripta a la remoción- está supeditada a sus presupuestos específicos, que no parecen incluir la mentada legitimación.

Un fallo de la Sala "C" de la Cámara Nacional en lo Comercial, parece sugerir la tesis negativa en el voto del vocal Dr. Jaime L. Anaya, quien expresa 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 (2-7-79, Saiz, Marta Luisa contra Camper CIF. S.A.).

### **Nuestra Opinión Conclusiones.**

La cuestión relativa a la nulidad de las deliberaciones del directorio, es distinta a la de la legitimación para argüirla, según se concluyera precedentemente.

En punto a la nulidad en sí misma, cuando fuere absoluta, el juez podrá declararla de oficio.

En cuanto a la posible legitimación del accionista, del órgano de fiscalización interna, de los directores desidentes y -por vía subrogatoria- de los acreedores de los accionistas, los términos del vigente art. 251, Ley 19.550, la ubicación sistemática de la norma en el articulado de la ley, la estructura del contrato plurilateral, de sociedad y su finalidad organizativa, imponen la conclusión negativa.

En efecto: el art. 251 alude inequívocamente a las asambleas: directamente, y al aludir a los accionistas ausentes o que no votaron favorablemente. Así resulta nitidamente, por lo demás de la ubicación del artículo en el apartado correspondiente a las asambleas, y de la exposición de motivos.

Por otra parte, resulta difícil juzgar casual dicha sistemática, que supera la imprecisión terminológica del art. 353, cód. com. Asl, v. gr. Rodríguez Saa (op. y loc. cit.) admite que la norma del anteproyecto resulta concluyente en el sentido apuntado.

Desde el punto de vista del contrato societario, éste importa una estructura plurilateral, ordenada a un resultado -gestión empresaria- distinto de la convención originaria.

Esto lleva a nuestra conclusión, desde un doble punto de vista.

En primer lugar, la complejidad del sujeto de derecho sociedad por acciones, con órgano de gobierno diferenciado. -En este aspecto, no se comparte la opinión de Halperín (op. y loc. cit.), que niega la acción al síndico porque debe recurrir a la asamblea, pero la confiere al accionista. -En verdad, es cierto que el accionista puede ver conculcada su interés particular, del que obviamente carece el síndico. -Pero tal interés particular se disuelve frente a la voluntad social de gobierno, que compromete la interpretación del ente sobre la conveniencia de la marcha de la gestión empresaria. Al empezarse en la calidad de socio en este tipo societario, el accionista sabe a priori que según la estructura de dicho tipo, un órgano diferenciado, la asamblea, traduce tal voluntad social; lo que descalifica la eventual alegación posterior del conculcamiento de un interés particular, al margen del procedimiento típico, que estará constituido entonces por la denuncia y sometimiento a la decisión asamblearia.

En segundo término, el interés de la continuidad de la gestión social impone conjurar la posibilidad de una sistemática contestación a la administración, que se abriría en caso de reconocer legitimación al accionista. En este aspecto, la experiencia forense cotidiana demuestra cómo, v. gr., el instituto cautelar de la intervención en la acción de remoción de la administración, suele utilizarse como ariete extorsivo con ulteriores finalidades incluso de receso.

Tampoco se comparte -se dista, en verdad de compartir- el argumento sostenido por Rodríguez Saa (op. y loc. cit.) según el cual no puede ignorarse la realidad de que el poder global y efectivo de la sociedad anónima contemporánea se concentre en el directorio, lo que haría interesante, en rigor, más la posibilidad de cuestionar sus deliberaciones, que las de la asamblea.

Al margen de que en los hechos tal situación pueda configurarse, lo cierto es que la

mens legal de la anónima, la prevé como un ente con poderes sistemático-funcionales equilibrados, y repartidos en órganos con competencias específicas.

Más bien la interpretación debe propender a consolidar las instituciones según su previsión legal, que a convalidar indirectamente situaciones patológicas, por la vía de adecuar a las mismas, la exégesis del intérprete.

En cuanto al argumento de Halperín en el sentido de resultar la posibilidad de impugnación, del art. 271 (op. cit., pág. 438, parág. 41) no parece reconocer sustento en dicha norma, de la que resulta sólo la nulidad, según la distinción antes apuntada. -y por lo que se refiere a las facultades de la autoridad de contralor, que no cuestionamos.

#### **En Definitiva:**

*La nulidad de las deliberaciones del directorio, es cuestión distinta de la legitimación para impugnarlas;*

El accionista afectado en su interés legítimo, puede ocurrir a los órganos competentes de la sociedad (sindico, asamblea, pero carece de legitimación para impugnar, por sí, tales deliberaciones, en sede judicial;

Otro tanto se sostiene en relación al síndico;

Lo dicho, no excluye las facultades de la autoridad de contralor.

#### **Bibliografía Mencionada**

- 1) Halperin, Isaac: "Manual de Sociedades Anónimas", 1964. "Sociedades Anónimas" Ed. 1974.
- 2) Fernandez, Raymundo: "Código de Comercio Comentado" 2da. Ed.
- 3) Zaldivar, Enrique y osts.: "Cuadernos de Derecho Societario"
- 4) Rodriguez Saa: El Derecho T 27 pg. 947 y ss.
- 5) Salanitro, Nicolás: en "Rivista delle Societa", Noviembre-Diciembre 1964.
- 6) Greco, Paolo: en "Rivista delle Societa", Septiembre-Octubre 1963.
- 7) Gourlay, Pierre Gilles: "Le conseil d'administration de las Societé anonyme" Paris 1971.
- 8) Otaegui, Julio: "Invalidez de los actos societarios" Bs. As. 1978.