

## **IMPUGNACIÓN DE DECISIONES DEL DIRECTORIO DE LA SOCIEDAD CONTROLANTE POR PARTE DE LA CONTROLADA**

SOLANGE JURE RAMOS

### **PONENCIA**

Es viable la acción de impugnación de la decisión del directorio de la controlante que implique un "abuso" en el ejercicio del control por parte de la misma, y que afecte grave, notoria y prolongadamente el interés social de la controlada con ventajas injustas en favor de la controlante.

Están legitimados para el ejercicio de la acción de impugnación, en estos casos, los directores de la controlada, los accionistas de la misma, el síndico, el consejo de vigilancia, la sociedad cuando haya agotado las instancias societarias, y la autoridad de contralor, reuniéndose en cada caso los requisitos o presupuestos exigidos.

Frente a todo acto jurídico, más allá de los límites meramente formales y objetivos, para llegar a una solución armoniosa y lograr identidad entre "justicia y orden jurídico" debe hacerse una interpretación y aplicación razonada e integral del sistema normativo en su completitud (normas específicas y normas del derecho común) ejerciéndose los derechos y potestades acordes no sólo a la letra de la ley sino también teniendo en cuenta los principios de la buena fe, la moral, el orden y el interés público (arts. 953, 1071, 1198, Cód. Civil).

### **FUNDAMENTOS**

#### **1. Introducción**

La ley 19.550 no dio solución legislativa a un tema que ya era motivo de debate bajo la vigencia del Código de Comercio: me refiero a la posibilidad de impugnar decisiones del directorio. Desde entonces, y aún hoy, se vislumbran clara y marcadamente dos posturas antagónicas en la doctrina nacional: en un sector se ubican aquellos que afirman que se puede intentar dicha acción, mientras otros rechazan tal posibilidad.

No obstante las referidas disidencias, la doctrina mayoritariamente se ha orientado en forma casi unánime aceptando la posibilidad de impugnar las decisiones del directorio. En este sentido se pronuncian Halperín, Zaldívar, Otaegui, Richard, Nissen, entre otros, quienes admiten la posible invalidez de la decisión del órgano de administración sobre la base de algunas disposiciones de la Ley de Sociedades (Ej. arts. 271-303) y también apoyados en el régimen de los actos jurídicos en general (arts. 18-1037 Cód. Civil), procediendo dicha impugnación en los siguientes supuestos: por vicios de funcionamiento y convocatoria del órgano, por vicio del contenido de la decisión, por no reunir la misma los elementos de legitimidad, capacidad, consentimiento de los directores, por aplicación analógica del art. 251 de la Ley de Sociedades (L.S.) entre otros. Por lo tanto las diferencias existentes entre estos autores han quedado reducidas, fundamentalmente, a la legitimidad de los sujetos habilitados para el ejercicio de esta acción.

Minoritariamente, la doctrina negativa por su lado, sostiene que no debe darse curso a la acción de impugnación de los actos del directorio por no estar prevista expresamente dicha acción en la ley. Además, sostienen que el art. 251 de la L.S. sólo se refiere a la impugnación de decisiones asamblearias, y en el mismo sentido, Verón ha sostenido que "...El remedio contra decisiones directoriales reputadas irregulares no consiste en utilizar la acción de impugnación, sino en utilizar el fecundo sistema responsabilizatorio creado por la ley 19.550".

## 2. Desarrollo

A partir del análisis precedente, que no es tema central de este trabajo, procuraré algunas reflexiones e inferir una serie de ideas, las cuales intentarán actuar como parámetros orientadores en la adopción de una posición respecto de la problemática planteada en cuanto a la posibilidad de "impugnar una decisión del directorio de la sociedad controlante que afecte directamente los bienes e intereses de la sociedad controlada".

A los fines de visualizar en la práctica el planteo teórico efectuado *supra*, e intentando establecer una posible situación problemática que pudiera surgir en la realidad negocial, el interrogante que planteo es el referido a la situación anómala que podría generarse como consecuencia de la decisión del directorio de la sociedad controlante, el cual dispusiera la utilización de la estructura de comercialización de la sociedad controlada en beneficio de la controlante, de manera ilimitada sin contraprestación alguna, aún en perjuicio de la disponibilidad de dicha estructura por parte de la controlada: en este caso ¿es posible cuestionar la validez de la decisión del directorio de la controlante?, de ser así ¿cuál sería la causa o las causas por las cuales podría impugnarse esa decisión ?; ¿Quién o quiénes podrían hacerlo?

Con relación al supuesto de hecho planteado, cabe aclarar que el mismo se refiere a la problemática dentro de un grupo societario el cual importa dirección, fin y actividad empresarial común a varias sociedades, problemática que "engarza con la noción del control entendido como el poder indirecto de administración societario en virtud de una influencia dominante sobre sus administradores",<sup>1</sup> dejando de lado por tanto la situación de control sin que medie un grupo.

En relación a la primera pregunta realizada, ya con anterioridad he mencionado que, salvo algunas opiniones aisladas, la doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente han admitido la posibilidad de impugnar las decisiones del directorio.

Igualmente considero viable esta acción en el caso planteado, teniendo en cuenta que las decisiones en el órgano de administración se inscriben dentro del campo general de los *actos jurídicos*, siendo por lo tanto de aplicación al mismo (además de las normas societarias específicas: ley, reglamento, estatuto) las disposiciones del derecho común en cuanto a la validez y nulidad de los actos jurídicos, arts. 18, 1037 y ss. del Cód. Civil, con lo cual dichas resoluciones "serán válidas o inválidas según reúnan los elementos de legitimación, capacidad, consentimiento de los directores, competencia del órgano, objeto y forma y causa".<sup>2</sup>

Pero se hace aquí necesario rescatar y destacar que, no obstante lo establecido en el art. 1037 del Cód. Civil, la falta de previsión legal referente a la acción de impugnación no es obstáculo que impida la viabilidad de la misma, teniendo en cuenta la existencia de las llamadas *nulidades implícitas o virtuales*, aceptadas ya mayoritariamente por la doctrina, en virtud de las cuales no se rechazan las nulidades que no están expresamente establecidas en la ley. Así y como corolario de lo expuesto "no es necesario exigir la sanción de nulidad cuando se encajan actos incompatibles con el ordenamiento jurídico rectamente interpretado, a punto tal que esos actos deben considerarse excluidos del amparo legal".<sup>3</sup>

Vemos así, y lo reitero una vez más, que las decisiones del directorio son actos jurídicos, y como tales susceptibles de resultar válidos o inválidos a la luz del sistema jurídico en su totalidad.

Frente a ello, nos encontramos ante la necesidad de dar respuesta al segundo interrogante planteado, para lo cual y comenzando con el análisis de la

<sup>1</sup> OTAEGUI, Julio C.: Ponencia presentada al V Congreso de Derecho Societario - I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, 1992.

<sup>2</sup> OTAEGUI, Julio C.: *Administración societaria*, p. 297.

<sup>3</sup> Rev. LL, t. 95, p. 250, Sala D: CNCiv., Sala D, ED, t. 36, p. 459.

legislación específica, encuentro que nuestra L.S. no tiene norma alguna que sirva como parámetro para regir el comportamiento de las sociedades que forman un grupo, y más específicamente, el de la controlante.

Respecto de ello, y recordando que el verdadero *control* radica en la posibilidad de determinar la voluntad social y orientar las resoluciones fundamentales que hacen a la política societaria, encuentro en nuestro ordenamiento jurídico ciertos límites al ejercicio del control, traspasados los cuales se origina *responsabilidad* por parte de la controlante. Este es el caso del art. 54 2do: párrafo de la L.S. que sanciona el “abuso de control” que *daña el patrimonio de la sociedad controlada*, debiendo la controlante resarcir las pérdidas (daños) sufridas sin que pueda compensarla con las ganancias percibidas. Así entonces, el abuso de control (caracterizado por Champaud como una falta en el ejercicio del control) está íntimamente vinculado a la “desviación en el ejercicio del derecho en cuanto a sus fines, en forma reñida con la directiva de la buena fe (arts. 1198 y 1071, Cód. Civil, ADLA, XXVIII B, 1799) siendo por tanto objetivamente abusivo y en virtud de ello prohibido por la ley, art. 1071, Cód. Civil).<sup>4</sup>

Por todo ello, señalo entonces, que cuando una resolución del órgano directivo, más allá de ser formalmente lícita, encubra una decisión sustancialmente ilegítima conformando un abuso de derecho en perjuicio de una parte (la controlada), dicha resolución será impugnabile y nulificable pues el imperio del principio de buena fe-lealtad impide la desviación del fin fijado al instituto, esto es, impide el abuso de derecho.<sup>5</sup>

Estimo que es necesario introducir al debate, el tema referido al “interés social”, el cual radica en la “realización de cuanto es idóneo para satisfacer el objeto social”,<sup>6</sup> si bien asume diversas formas según la esfera en la cual se lo aplique: como criterio determinante de la validez o invalidez de los actos cumplidos por los órganos societarios, como factor de protección de los socios, como factor moderador de los poderes de la mayoría.

Se presenta así, claramente, una característica común a todos los grupos y es la referida a la prevalencia del interés del grupo respecto del interés individual de cada una de las sociedades agrupadas,<sup>7</sup> lo cual implica, la mayor parte de las veces, una “desviación indebida del interés social” de la sociedad controlada en beneficio de la controlante, lo cual es una forma clara de abuso de facultades.

<sup>4</sup> CNCom., Sala B, LL, 1982-A-1981.

<sup>5</sup> Conf. CNCom., Sala B, 24/9/80, en ED, t. 91, pp. 492 y ss.

<sup>6</sup> HALPERÍN, I.: *S. A. examen crítico del dec. ley 1955*.

<sup>7</sup> JAMBRINA - CRISTOBAL - TSANIS: Ponencia presentada al V Congreso de Derecho Societario. I Congr. Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba. 1992.

Siguiendo la línea argumental precedente referida al abuso de control, abuso del derecho y a las diversas funciones del interés social, infiero que la desviación del interés social de la sociedad controlada y la consecuente ejecución de actos contrarios a dicho interés en favor de la controlante, importan como ya señaláramos, un acto contrario a los deberes de lealtad, buena fe (art. 1198, Cód. Civil), a la moral, al orden y al interés público (art. 953, Cód. Civil), configurándose como objetivamente abusivo, y en consecuencia prohibido por la ley (art. 1071, Cód. Civil).

No obstante resulta imprescindible aclarar que en un grupo, y en virtud de las políticas empresariales fijadas por el mismo fuera del seno de cada uno de sus miembros, es necesario apreciar de una manera integral la relación controlante - controlada, ya que es común la existencia de operaciones que en su oportunidad resultan perjudiciales para la controlada y que luego se compensan con otras operaciones que la favorecen.<sup>8</sup>

Resulta asimismo oportuno señalar que si los intereses de cada sociedad se ven muchas veces "limitados" y deben "ceder" frente a los intereses y en beneficio del grupo (o de la controlante), de ello no puede inferirse la extinción del interés social de cada miembro del grupo, ya que esto llevaría al reconocimiento del grupo como entidad autónoma, lo cual es ajeno a nuestro sistema jurídico.<sup>9</sup>

De esta forma ha quedado respondida la pregunta formulada referida a las causas por las cuales puede ser impugnada la decisión del órgano de administración de la controlante ante la situación fáctica planteada: el "abuso del control" de la controlante sancionado en el art. 54, párrafo segundo de la L.S., y la desviación indebida del interés de la controlada que importa para la misma el deber de ejecución de actos que resulten contrarios a su interés social.

Sólo resta ahora ensayar una respuesta para el último interrogante planteado.

Al respecto, y haciendo un estudio de la doctrina especializada, nos encontramos con que la misma no ha realizado un análisis del mismo en el supuesto en cuestión, y sólo se ha referido a la legitimación para impugnar los acuerdos del directorio de una sociedad determinada. La primera dificultad radica en que, además de la inexistencia de previsión legal, nos encontramos con la necesidad de "trasladar" los estudios doctrinarios realizados a la hipótesis planteada.

Así, entonces, frente a la decisión del órgano de administración de la controlante que implique un abuso de control (abuso de derecho) o la realiza-

<sup>8</sup> OTAEGUI, Julio C.: ponencia citada.

<sup>9</sup> BERGEL, Salvador D.: *Extensión de la quiebra y abuso de los poderes del controlante*.

ción por parte de la controlada de un acto notoriamente contrario al interés social de la misma y por ende perjudicial para ella, nace, como ya dijéramos en su oportunidad *responsabilidad* por parte de la controlante derivada del propio control. Al no existir frente a este supuesto norma legal alguna, deben aplicarse las reglas generales de responsabilidad (arts. 1072, 1109, 43, Cód. Civil, y 54, L.S.).<sup>10</sup>

Pero serán los administradores los encargados de demandar a la sociedad controlante en este supuesto, y de no hacerlo responderán personalmente por los daños que pudiera sufrir la controlada. Este reclamo incumbe al órgano societario de administración (art. 255, L.S.) y hace a los deberes de lealtad y diligencia del administrador (arts. 59, 274, L.S.).<sup>11</sup> De lo dicho infiero que si el director de la controlada posee la legitimación para ejercer la acción de responsabilidad contra la controlante y sus administradores, ningún sentido tendría "no admitir la posibilidad de impugnar las resoluciones que determinan esa responsabilidad, para evitar la consumación de un daño en el patrimonio social",<sup>12</sup> encontrándolo, consecuentemente, legitimado para ejercer la acción de impugnación de la resolución del directorio de la controlante.

En cuanto a la legitimación del accionista de la controlada, entiendo que el mismo también podría llevar adelante la acción de impugnación ya que frente a la inactividad del directorio de la sociedad controlada, y más allá de la acción que pueda ejercer contra los directores de la misma por responsabilidad más daños y perjuicios, y efectuando un razonamiento idéntico al precedente, puedo inferir la legitimación del accionista a los fines de cuestionar la validez de la decisión de la controlante que reúna las características mencionadas anteriormente justificada por la urgencia en evitar el cumplimiento de aquella decisión y la inacción de sus propios directores.

Además, y esto se aplica en todos los supuestos y a todos los sujetos, una acción que pretenda defender un interés legítimo o evitar un daño, y que en el caso concreto se demuestre ese interés o el peligro grave, siempre debería prosperar (aunque ninguna norma lo admita, autorice, o legitime expresamente) la impugnación de nulidad de ese acto violatorio del orden jurídico porque la violación del derecho nunca puede quedar al margen de la justicia, más allá que dicha acción esté prevista expresamente en alguna norma o no lo esté.<sup>13</sup>

En lo que se refiere a la sociedad (previa resolución asamblearia), la sindicatura y el consejo de vigilancia (arts. 294, incs. 7, 8, 9 y 11, 297, 298 y

<sup>10</sup> OTAEGUI, Julio C.: ponencia citada.

<sup>11</sup> OTAEGUI, Julio C.: ponencia citada.

<sup>12</sup> NISSEN, Ricardo A.: *Impugnación de las decisiones del directorio*, LL, 1990-B-974.

<sup>13</sup> VANASCO, Carlos A.: *La acción de impugnación de los actos del directorio*.

281, inc. g, L.S.) los encuentro en principio legitimados para plantear la nulidad de que se trata, previo requerimiento al directorio y en perjuicio del accionar del mismo, con las consiguientes responsabilidades para los miembros de dicho órgano. Asimismo encuentro también legitimada a la autoridad de contralor para impugnar judicialmente las decisiones del directorio en virtud de lo dispuesto en el art. 303, incs. 1 y 3 de la L.S.

### 3. Conclusiones

Para concluir formularé, simplemente, algunas observaciones que pretenden abrir nuevos interrogantes y a la vez ensayar soluciones alternativas:

- a) Es viable la acción de impugnación de la decisión del directorio de la controlante que implique un "abuso" en el ejercicio del control por parte de la misma, y que afecte grave, notoria y prolongadamente el interés social de la controlada con ventajas injustas en favor de la controlante.
- b) Están legitimadas para el ejercicio de la acción de impugnación en estos casos los directores de la controlada, los accionistas de la misma, el síndico, el consejo de vigilancia, la sociedad cuando haya agotado las instancias societarias, y la autoridad de contralor, reuniéndose en cada caso los requisitos o presupuestos exigidos.
- c) Finalmente, sólo resta decir que, frente a todo acto jurídico, más allá de los límites meramente formales y objetivos, para llegar a una solución armoniosa y lograr identidad entre "justicia y orden jurídico" debe hacerse una interpretación y aplicación razonada e integral del sistema normativo en su completitud (normas específicas y normas del derecho común) ejerciéndose los derechos y potestades acordados no sólo a la letra de la ley sino también teniendo en cuenta los principios de la buena fe, la moral, el orden y el interés público (arts. 953, 1071, 1198, Cód. Civil).