

LA INCOMPLETITUD O VACANCIA EN EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LA S.A. Y DE LA S.A.S. . LAS RESPUESTAS DEL SISTEMA NORMATIVO A LA FECHA

Solange Jure Ramos¹

Palabras clave: *Vacancia – Órgano de administración – Director suplente – Intervención judicial – Director sustituto*

Sumario

La incompletitud o vacancia en el directorio que impide su marcha, frente a la insuficiencia normativa, encuentra en el propio sistema las herramientas para destrabar tal situación, y a ese fin deberemos aplicar desde el método de las relaciones de organización, además las normas positivas vigentes, los principios generales introducidos en el C.C.C.N., como el principio de buena fe, el abuso del derecho.

La interpretación debe ser “sistémica” en el sentido de que la misma deberá arrojar y conducirnos siempre a lograr la necesaria completitud del órgano de administración, respetando el sistema de funcionamiento y formación de la voluntad de la sociedad para evitar la paralización de la empresa.

I.- Introducción.

Nuestro ordenamiento prevé en el artículo 258 L.G.S. dos posibilidades de reemplazo para cubrir las vacantes y lograr la reintegración del órgano de administración, cada una de las cuales obedece a circunstancias fácticas y jurídicas diversas. De modo tal que, salvo en aquellas sociedades que prescinden de sindicatura frente a las cuales la designación de un director suplente es obligatoria, tanto en la S.A. como en la S.A.S. los socios contractualmente podrán determinar si frente a un supuesto de vacancia, la misma habrá de ser cubierta con un director suplente que deberá ser elegido por el órgano de gobierno (salvo previsión estatutaria en otro sentido en la S.A.S.), o bien y en caso que nada digan, será el órgano de fiscalización – sindicatura en su caso - quien oportunamente habrá de designar un director sustituto.

Las diferencias fundamentales entre el director suplente y el director sustituto radican en el origen de cada uno de ellos en relación al órgano que los designó conforme lo referido en el punto anterior, y en la obligación o no de asumir una vez que se produzca la vacante. El director suplente que aceptó el cargo de tal, tiene una vocación jurídica potencial a ocupar el cargo de titular. En cambio el sustituto oportunamente elegido, podría no aceptar. Luego los derechos, obligaciones y responsabilidades de ambos se equiparan una vez que hayan asumido como titulares y recién a partir de allí, en ambos casos, integrarán el directorio u órgano de administración.

En cuanto a la S.A.S., la cuestión parece no estar tal clara. El artículo 50 de la L.A.C.E. al regular el órgano de administración, establece que “deberá designarse por lo menos un suplente en caso de que se prescinda del órgano de fiscalización”. Lo referido es todo lo que encontramos en la L.A.C.E. en orden a las posibilidades de reemplazo en el órgano de administración. No refiere la normativa ningún otro supuesto, tal como lo hace el artículo 258 L.G.S. Nos preguntamos entonces si esta última norma, resultará también aplicable a la S.A.S. Entendemos que esa respuesta habrá de ser afirmativa en el sentido de que, en caso de vacancia y sin director suplente designado en una S.A.S. , corresponderá al síndico la designación de un director sustituto, sin perjuicio de la posibilidad y sólo para esta tipología, de determinar contractualmente alguna otra manera de cubrir la vacante en el órgano de administración, tal como sería la posibilidad de pactar la cooptación como opción en el instrumento constitutivo ².

1

² Ponencia presentada en la Comisión I, Subtema II: la sociedad y los administradores de las Jornadas de Instituto de Derecho Comercial celebradas en la Universidad Austral, año 2023, bajo el título “La cooptación en la S.A.S.”.

III.- Problemática común a ambos tipos.

Sin embargo, pueden presentarse supuestos en los cuales, alguna de las alternativas dadas por el legislador resulte insuficiente para lograr la completitud del órgano de administración o que, aun echando mano a ambas no podamos lograr la mentada completitud, teniendo en cuenta que, la necesidad de garantizar la inmediata recomposición del órgano de administración, radica en que la empresa, entendida como actividad económica organizada, que subyace por debajo de la estructura societaria y cuya continuidad es inexorable, no sabe de impedimentos o incompletitudes en el órgano que decide su gestión.

Veamos entonces con otras qué herramientas contamos a estos efectos a la fecha en el ordenamiento jurídico argentino.

IV. ¿Podría designarse un director sustituto cuando hay un suplente que aceptó el cargo?

Podría plantearse el supuesto que se produjeran más vacantes en el directorio que suplentes designados, o que esos suplentes designados no asumieran el cargo de titulares.

Aquí se plantean dos posibilidades fácticas y jurídicas diferentes: la primera que aun asumiendo como titulares ya sea el único o todos los directores suplentes elegidos, el órgano de administración no pudiera obtener el quorum suficiente para sesionar. En ese supuesto de excepción, creemos que el síndico, salvo previsión estatutaria en otro sentido frente a la S.A.S., tendría la facultad extraordinaria de nombrar un sustituto, y de ese modo lograr el quorum necesario para garantizar la continuidad del funcionamiento del órgano de administración.

Distinta quizás podría ser la respuesta en el caso de que habiendo asumido todos los suplentes como titulares, quedara alguna vacante en el órgano de administración, la cual, de todas maneras no impidiera que el mismo siguiera funcionando por contar con el quorum suficiente aún frente a alguna ausencia; en ese caso quizás la respuesta podría ser opuesta y por lo tanto se tornaría innecesaria la designación de un director sustituto, ya que la finalidad tenida en cuenta por el legislador, esto es la continuidad del órgano de administración y su normal funcionamiento, se lograría sin esa intervención que está planteada como de excepción para la S.A. en función de las competencias orgánicas legalmente establecidas³.

Sin embargo, y más allá de la opinión referida, de la redacción de la norma no surge esa exigencia: el artículo 258 L.G.S. sólo establece que “En caso de vacancia, los síndicos designarán al reemplazante hasta la reunión de la próxima asamblea, si el estatuto no prevé otra forma de nombramiento”. Por lo tanto, coincidimos con Molina Sandoval para quien la norma “no requiere la afectación del funcionamiento del directorio y habilita la designación del director por el síndico siempre que exista una vacante...”⁴.

¿Qué otro remedio, en su defecto, podríamos encontrar para lograr la integración del directorio o del órgano de administración en un caso como el planteado? ¿Podría o debería, en ese caso, el síndico en lugar de nombrar un sustituto convocar a asamblea de accionistas para que sea este órgano el que elija al director titular faltante?. ¿Sería necesario que esta posibilidad estuviera establecida expresamente en el estatuto para que pudiera funcionar de ese modo?.

Simplemente como ensayo de respuesta podríamos sostener que para los dos tipos sociales bajo estudio, y conforme lo indican ambos regímenes normativos, inexorablemente primero habrá que analizar el contenido del instrumento constitutivo y ver si allí los propios socios han previsto algún otro remedio, en cuyo caso esa será la solución a aplicar. Pero en caso de silencio, será el artículo 258 L.G.S. para ambos tipos sociales⁴, la norma que determina cuál es el camino a seguir, la que marca que “en caso de vacancia, los síndicos designarán un reemplazante hasta la reunión de la próxima asamblea”.

³ Naturalmente, en este último supuesto se verían alterado el quorum y las mayorías, pero no es un tema que vayamos a abordar. ⁴ Molina Sandoval Carlos A: “Tratado del Directorio y de la Administración Societaria”, 1ª ed., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, T. I, pág. 511.

⁴ Aplicable a la S.A.S. en función de la remisión que realiza el último párrafo del artículo 53 L.A.C.E.

Esta última expresión, “próxima asamblea” abre nuevamente un abanico de interrogantes y cuestionamiento, tales como qué sucedería en el caso de que ni los directores sustitutos ni el síndico convocaran a asamblea, o si convocada no se fijara la elección de directores como punto del orden

del día, o si habiéndose establecido el punto en el orden del día, no se reuniera la misma o no pudiera celebrarse por falta de quorum, y así podríamos seguir.

En el caso de las cooperativas, esto ha sido regulado con mayor claridad y certeza en el artículo 65 de la ley 20.337, en el cual se establece que “...Salvo disposición contraria, el cargo de los suplentes que pasarán a reemplazar a titulares durará hasta la primera asamblea ordinaria”, dando de alguna manera una fecha probable en cuanto al plazo de duración del suplente en su cargo como tal, atento a que las asambleas ordinarias de las cooperativas son aquellas que se celebran “...dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio para considerar los documentos mencionados en el artículo 41 y elegir consejeros y síndico, sin perjuicio de los demás asuntos incluidos en el orden del día...”, conforme lo ordena el artículo 47 de la referida ley.

V. Ausencia de directores suplentes y de sindicatura

Podría suceder el supuesto que la sociedad no tuviere directores suplentes designados y que por alguna circunstancia específica careciera, al momento de producirse la vacancia en el directorio, de los síndicos en el ejercicio de su función. También podríamos pensarlo a la inversa, e imaginar el supuesto que la sociedad careciera de sindicatura y que el director suplente designado oportunamente, por alguna razón no pudiera o no quisiera asumir el cargo. En ambos casos no se podría lograr la tantas veces reiterada finalidad de la ley cual es la de asegurar el normal funcionamiento del órgano de administración. Por lo tanto, al no haber síndicos y con un órgano de administración incompleto, nos preguntamos quién tendrá facultades para convocar a la asamblea que debería elegir a los directores y de ese modo lograr recomponer la estructura orgánica de la sociedad ⁵.

VI. Convocatoria por el directorio “incompleto”

En primer lugar, nos planteamos la posibilidad de que el directorio, aún sin tener el quorum estatutario, pudiera reunirse y resolver con los miembros presentes, única y exclusivamente la convocatoria a asamblea o reunión de socios, la que tendría como único punto del orden del día (además de la elección de los accionistas para firmar el acta) la elección de los directores suplentes a los fines de lograr la completitud del directorio y el quorum necesario para que éste pueda funcionar. Esta sería una alternativa de solución sin intervención de terceros ajenos a la sociedad y que de alguna manera cumple el procedimiento legal y estatutario establecido para la elección de administradores⁶, siempre y cuando se garantice, con la convocatoria y el respeto de los plazos exigidos en cada caso, el derecho y la posibilidad de todos los accionistas de participar y votar (conforme al estatuto) en la referida asamblea.

Si partimos de considerar el interés o finalidad última de toda la estructura normativa, cual es la de garantizar la continuidad del giro societario de modo urgente, y considerando que de esta manera, y especialmente frente a la S.A. se respetarían los principios de estructuración del tipo en orden a las competencias orgánicas (ya que la asamblea o reunión de socios será quien en definitiva elija a los nuevos directores para cubrir los cargos de titulares en esa coyuntura) creemos que la referida sería una opción posible de considerar.

⁵ Cabe considerar en orden a este punto lo establecido en el art. 236 1º párr. L.G.S. cuando establece “Las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio o el síndico en los casos previstos por la ley, o cuando cualquiera de ellos lo juzgue necesario o cuando sean requeridos por accionistas que representan por lo menos el cinco por ciento del capital social, si los estatutos no fijaran una representación menor...”

⁶ Recordemos en este sentido que nos encontramos frente a un acto de naturaleza colegial colectivo, y en consecuencia la ley exige el cumplimiento de una serie de pasos para la validez de la decisión adoptada, que en este caso será la convocatoria interna por parte del órgano competente, la convocatoria externa o publicidad conforme al tipo de asamblea observando los plazos de la primera y segunda convocatoria, el quorum que la asamblea debe reunir para poder sesionar y la mayoría necesaria requerida para la toma de decisiones.

⁸ A salvo el supuesto de la asamblea unánime (en los términos y conf. art. 237 último párrafo L.G.S.) que desarrollaremos en el punto IV.7.5.1)

VII. Convocatoria por parte de los accionistas

¿Podrán los accionistas, como tales, frente a la omisión de la convocatoria por parte del directorio o por las razones fácticas que se determinen en un caso en particular, convocar a asamblea al sólo efecto de elegir directores que no existen y cualquiera sea la causa de tal “inexistencia”?

Esta posibilidad nos resuena un tanto extraña⁸, sobre todo en la S.A., tipo éste que tiene determinadas las competencias y las facultades de cada uno de los órganos, así como los derechos de

los accionistas frente a la sociedad, los cuales podríamos dividir en derechos políticos o patrimoniales, y desde otra perspectiva en derechos individuales o de minorías. Sin embargo ninguno de ellos determina el reemplazo o la asunción directa por parte de estos de alguna de las funciones asignadas a los órganos en cuanto tales. En el caso de la S.A.S., quizás podríamos pensar si esto sería posible de estructurar de manera diferente e introducirlo en el instrumento constitutivo. Pero sin duda no habrá de ser lo habitual.

VIII Convocatoria por parte de la autoridad administrativa o judicial a pedido de los socios

Retomando el supuesto planteado frente a la ausencia de síndico y en caso de no haber directores, la alternativa deberemos buscarla afuera de la sociedad, y entonces deberá ser la autoridad administrativa o judicial la que convoque a asamblea a los fines de la elección de directores, seguramente a partir del pedido de cualquiera de los accionistas. El artículo 236 L.G.S. abre esa posibilidad.

Entendemos que éste sería un camino directo y prácticamente sin injerencia externa salvo en lo que a la convocatoria se refiere.

Los plazos y condiciones establecidas en el segundo párrafo de la referida norma, resultan inaplicables e innecesarios considerando el supuesto del que partimos, razón por la cual, y siendo una medida urgente, salvo normas procesales que oportunamente deberían considerarse y resulten aplicables en cada caso, no encontramos ningún plazo mínimo que la autoridad de aplicación debiera respetar a fin de convocar esa asamblea.

IX. Intervención judicial

En orden a esta posibilidad Rodríguez Acquarone sostiene que “La ley no prevé qué sucede si no hay titulares ni suplentes en condiciones de asumir, ni sindicatura, ni consejo de vigilancia. En este caso deberá recurrirse al instituto de la intervención judicial, instituto al que nos remitimos o a la convocatoria a asamblea judicial o administrativa”⁷.

En igual sentido, Filippi y D’Alessandro extendiendo y profundizando aún más la fundamentación normativa en este sentido, han sostenido que “...En esta línea de análisis, procede la intervención judicial sin necesidad de iniciar la acción de remoción, al menos, en el caso de las sociedades concursadas (art. 17 LCQ); como medida autosatisfactiva (art. 1711 CCyCN); a pedido de la autoridad de contralor (art. 303 inc. 2º LGS) y frente a supuestos de disfuncionalidad del órgano de administración, como el caso de acefalía estrictamente hablando, esto es por vacancia o imposibilidad de designación de sus miembros, o asunción de los suplentes, o de otros supuestos que no importan estrictamente vacancia, pero pueden asimilarse a aquélla”⁸.

⁷ Rodríguez Acquarone Pilar María: “Designación, sustitución, renuncia, remoción y cese de administradores de sociedades”. Publicado en el Tratado de los conflictos societarios, 1ª ed., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, T. II, pág. 1730, con la siguiente cita al pie: “Sin perjuicio de ello, estimamos que una futura reforma legislativa debería aceptar la autoconvocatoria por parte de una asamblea de accionistas en una sociedad anónima, siendo válidas sus decisiones cuando ellas fueron adoptadas con el voto favorable de quienes representan el cien por ciento del capital social. Al respecto, nada obstaría que, al menos para las sociedades cerradas, se adopte siempre mediante una modificación a la ley 19.550. -el criterio previsto por el art. 159 de dicha normativa, para las reuniones de socios de las sociedades de responsabilidad limitada, en donde se admiten varios procedimientos para adoptar decisiones sociales por parte de los integrantes de ese tipo de sociedades”.

⁸ D’Alessandro Fernando y Filippi Laura: “Intervención judicial sin remoción del órgano de administración. Supuestos de viabilidad”. Ponencia presentada al XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, 2022, T. III, pág. 327.

Poco cabe agregar al impecable razonamiento esgrimido por los autores el cual goza de fundamento normativo suficiente, con quienes coincidimos⁹. Sólo ratificar en orden a esto que la finalidad de esa intervención judicial no sería la de designar un administrador (interventor) judicial para ejercer funciones de administración en función del peligro grave en el que pudiera encontrarse la sociedad, sino como una medida rápida y eficaz para que ese administrador designado judicialmente, ejerciera las atribuciones de un administrador tendientes a evitar la paralización del órgano administrativo (como primera medida) y que de manera inmediata, a la mayor brevedad

posible – y esto debería surgir de la resolución judicial de manera indubitable – convocara a asamblea para que el órgano competente eligiera sus administradores¹⁰.

X. Las alternativas del Código Civil y Comercial de la Nación

Otra posibilidad podríamos encontrarla en el sistema general del C.C.C.N. el que en función de lo establecido en el artículo 150 del referido cuerpo normativo¹¹, resulta aplicable a todas las sociedades atento el carácter de personas jurídicas que éstas revisten. Veamos que opciones encontramos allí.

1. Asamblea o reunión de socios unánime, opción que regula el artículo 158 C.C.C.N. cuyo inciso b) establece que si se dieran los presupuestos de la norma en ambos tipos sociales, los socios podrían autoconvocarse y tomar una decisión en ese sentido eligiendo los miembros del directorio y así lograr de manera inmediata la completitud del mismo para su continuidad. En este sentido, resultará de vital importancia lo que cada una de las autoridades de aplicación de las distintas demarcaciones provinciales regulen a este sentido.

2. La opción del artículo 161 del C.C.C.N. Esta alternativa novedosa establecida en el Código de fondo, prevé la posibilidad, frente a la obstrucción sistemática o la imposibilidad del cumplimiento de las funciones propias del órgano de administración y la consiguiente toma de decisiones, que el presidente o cualquiera de los administradores puedan, en la coyuntura, ejecutar los actos conservatorios necesarios de la sociedad, los que, conforme indica la propia norma, deberán ser puestos en conocimiento de la asamblea que deberá ser convocada a ese efecto, en el plazo de diez días de comenzada la ejecución, la que podrá conferir facultades extraordinarias al presidente o a la minoría para realizar actos urgentes o necesarios la que, de igual manera, tendrá facultades para remover al administrador¹².

Esta alternativa que nos presenta la norma para destrabar un directorio u órgano de administración bloqueado, puede ser un camino a seguir en la dinámica de una sociedad que se enfrente a un supuesto fáctico como el referido.

X. Conclusión

El sistema debe ser interpretado coherentemente desde el método de las relaciones de organización, a cuyo fin debe asegurarse la funcionalidad de las mismas, dejando de lado las relaciones de cambio o bilaterales que resultan insuficientes en orden a nuestra figura. Esa funcionalidad de las relaciones de organización, refiere a la necesidad de asegurar la continuidad del funcionamiento de la persona jurídica societaria, lo que se logra asegurando la actuación de los

⁹ En igual sentido Belmaña Ricardo y otros: “Intervención judicial de Sociedades Comerciales: Presupuestos de procedencia” Rev. Argumentos Núm. 3 diciembre 2016, pp. 1-19 <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar>

¹⁰ En el supuesto que una SAS hubiera resuelto que será otro el mecanismo de elección de autoridades, deberá procurarse la recomposición del órgano de administración conforme lo haya determinado la voluntad de los socios plasmada en el instrumento constitutivo.

¹¹ Art. 150 del C.C.C.N.: Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la Republica, se rigen: a) Por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) Por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) Por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la Ley General de Sociedades.

¹² Todo conforme lo establecido en el art. 158 C.C.C.N.

órganos y más precisamente con la inmediatez de la recomposición del directorio. Este órgano de administración resulta ser la clave y la pieza central para que la sociedad continúe actuando. De allí la periodicidad legal, o en su caso, convencional o funcional que el sistema normativo ha establecido, no de manera caprichosa, sino precisamente con ese objetivo puesto en la mira, cual es asegurar la tantas veces referida continuidad de la sociedad y consecuente marcha de la empresa.
