

La impugnación como requisito de procedencia de acciones sociales

Pedro Sánchez Herrero¹

Acción social – Impugnación de actos de gobierno

Sumario

- Es controvertido si es necesario impugnar la decisión de gobierno que rechaza la que eventualmente será la causa de una acción social (por ejemplo, de remoción de un administrador). — Un factor que puede ser decisivo en la práctica es el breve plazo de impugnación del acto de gobierno.
- La nulidad del acto de gobierno no supone una decisión afirmativa de la sociedad, sino que neutraliza lo resuelto.
- En su caso, la razón para exigir la impugnación es la obligatoriedad para el socio del acto de gobierno (art. 233, último párr., de la ley 19550).
- No es necesario impugnar el acto de gobierno para que proceda una acción social.
- No hay norma especial que obligue a impugnar el acto de gobierno denegatorio.
- Ante la duda, prima el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.
- El acto de gobierno no obliga al socio a abstenerse de instar acciones judiciales.
- El órgano de gobierno no puede declarar sobre la causa de la eventual acción social con fuerza obligatoria para el socio.

Ponencia 1. Introducción

La causa que fundamentará las eventuales acciones sociales (por ejemplo, de remoción de administradores, exclusión de socios, responsabilidad de socios y administradores y disolución) por regla son competencia del órgano de gobierno. Una norma *no escrita* es que deben haberse agotado los recursos internos antes de instar un proceso judicial en materia societaria. Habitualmente, con su tratamiento en el órgano de gobierno.

Una alternativa es que este acto no suceda. En tal supuesto, es debatido si es necesario convocar judicial o administrativamente al órgano de gobierno. Supongamos que no lo es (tesis por la que me inclino). Así, estaría agotada la vía interna y habilitado el recurso judicial.

Sea o no necesario, el tema que voy a tratar parte de la hipótesis de que sí hay un acto de gobierno que rechaza lo que eventualmente será la causa de la acción judicial (por ejemplo, no remueve al administrador o no excluye al socio). La cuestión es si impugnar este acto de gobierno es un requisito para que proceda la acción social en cuestión.

2. Aclaraciones

Para resolver lo planteado empiezo con tres aclaraciones:

- a) El eventual legitimado (por ejemplo, el socio, administrador o fiscalizador) no representa al ente cuando insta la acción social, sino que actúa a nombre propio (con fundamento en la posición que ocupa en esa relación jurídica societaria).
- b) Por compleja que sea la relación jurídica societaria y por vinculados que estén los múltiples intereses involucrados en ellas, en última instancia, las respectivas conductas de los sujetos son independientes y pueden ser discernidas. Esto viene a cuento del requisito (también *no escrito*) de que el legitimado activo no puede contradecir sus propios actos (de allí, por ejemplo, que un socio que votó a favor de una decisión de gobierno no puede impugnar este acto —art. 251, párr. 1º, de la ley 19550—). La decisión del órgano de gobierno no es una manifestación de voluntad imputable a los socios o a los integrantes de los otros órganos. La sociedad es la que hace tal manifestación y es

¹ Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

en función de ello que podemos evaluar la coherencia de los actos. En concreto, no es por la Doctrina de los actos propios que, por ejemplo, el socio debe impugnar el acto de gobierno. Basta con que su conducta sea coherente con la acción social en cuestión. Desde ese punto de vista, es suficiente con que no haya votado a favor de la resolución de gobierno.

c) La resolución del órgano competente puede habilitar una acción social de diversas maneras. En ocasiones, para lograr el objeto de la eventual acción, en realidad, basta con la decisión social. Así, en una sociedad anónima es suficiente con que el órgano de gobierno remueva por mayoría a los directores para que esto sea efectivo. Por consiguiente, no tiene sentido plantear como punto del orden del día el inicio de la acción social de remoción ya que, con una resolución afirmativa, el objeto está cumplido. Pero hay otras en las que la instancia judicial es imprescindible. Tal el caso de la remoción de un gerente designado como condición de constitución de la sociedad en la sociedad de responsabilidad limitada o la exclusión de un socio (que no sea extrajudicial). En este segundo grupo de pretensiones, creo yo, lo correcto es que el punto del orden del día consista en el inicio de la acción social del caso. No obstante, es común tratar la causa en su lugar. Me refiero a que, por ejemplo, el punto del orden del día es la “responsabilidad civil del socio X”; no, además, el “inicio de la acción social de responsabilidad civil del socio X” como punto subsiguiente. Estrictamente, los puntos deberían ser diferenciados. No obstante, en un caso como el mencionado, lo relevante es si la sociedad insta la acción. Por supuesto, es un presupuesto que el órgano competente considere que hay responsabilidad, pero lo que tiene efectos jurídicos es la decisión de instar la demanda. Con todo, vamos a suponer que uno implica al otro y que es correcto. En suma, con respecto al objeto procurado, el punto del orden del día puede ser autosuficiente o dependiente de la acción judicial. La primera, en realidad, es autosuficiente en la medida de que sea aprobada en el órgano competente. Si no, dependerá de que un legitimado que no sea la sociedad inste la acción judicial.

3. Desarrollo

Hechas las aclaraciones previas y dado que, insisto, el órgano de gobierno es el competente en materia de acciones sociales por regla, la razón de la posible necesidad de impugnar el acto social es la obligatoriedad de estos para sus socios e integrantes de los órganos. En tal sentido, el art. 233, último párr., de la ley 19550 establece lo siguiente con respecto a la asamblea de accionistas:

“Obligatoriedad de sus decisiones. Cumplimiento. Sus resoluciones conformes con la ley y el estatuto, son obligatorias para todos los accionistas salvo lo dispuesto en el artículo 245 y deben ser cumplidas por el directorio”.

La inquietud sobre la impugnación no es menor, puesto que, si la respuesta es afirmativa y el demandante solo instó la pretensión en cuestión (por ejemplo, de remoción de un administrador o de exclusión de un socio), esta sería rechazada por no haber impugnado la decisión de gobierno². Cabe añadir una cuestión práctica fundamental: los plazos para instar las pretensiones pueden ser muy

² Al respecto, menciono una causa judicial en la que una socia y directora de una sociedad reclamó su remuneración como administradora de la sociedad. El tema había sido tratado en diversas asambleas de accionistas en las que no fue aprobada su gestión ni pagarle remuneración. El tribunal rechazó la demanda, en esencia, porque la demandante no impugnó esos actos de gobierno. De acuerdo con sus fundamentos, en tanto socia y directora, tenía legitimación activa para impugnar y no lo hizo. La directora sostuvo que la pretensión era por un interés particular (el cobro de una remuneración que podría ser para una persona no socia) y que el art. 251 de la ley 19550 regula una pretensión fundada en el interés social. Sin embargo, el tribunal sostuvo que esa disposición abarca tanto intereses sociales como particulares (doctrina del interés mixto del fallo “Tacchi”). Además, la parte actora fundó su reclamo en la violación de una norma estatutaria, por lo que estaría involucrado el interés social (CNCOM, SALA E, “Rubio, María Luz c. El Retiro de Lobos S.A. s/ordinario”, 19/02/2013, en *La Ley Online*, AR/JUR/5525/2013). En el sentido de que el socio que insta una acción social de responsabilidad contra un socio o controlante (art. 54, párrafos 1º y 2º, de la ley 19550) debe impugnar el acto de gobierno que rechazó la moción: Rafael M. MANÓVIL, *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 702. A favor de la impugnación del acto de gobierno que rechaza la acción social de responsabilidad contra los administradores como requisito de la acción instada por el socio disidente: Isaac HALPERIN, *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 458; Julio C. OTAEGUI, *Administración societaria*, Buenos Aires, Ábaco, 1979, p. 394; Francisco JUNYENT BAS, “Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios”, en *La Ley Online*, 0021/000056, § 5.2.

diferentes (por ejemplo, la nulidad de la asamblea de accionistas debe ser iniciada dentro de los tres meses, mientras que la responsabilidad civil del socio o administrador tiene un plazo de 3 años). Para responder al interrogante tomaré como referencia que es un socio el que pretende instar una acción social (por ejemplo, de disolución, remoción o exclusión), ya que es el supuesto más común. Para simplificar, en adelante denominaré a esta última la “acción social principal” para distinguirla de la de nulidad del órgano de gobierno que no aprueba la causa autosuficiente o instar la demanda judicial.

1. Estrictamente, la procedencia de la acción social principal no depende de una decisión afirmativa del órgano competente. No hay una relación necesaria entre una manifestación positiva de la sociedad y la legitimación del socio. En caso de que el tema no esté aún tratado por el órgano de gobierno, el sentido de procurar obtener una manifestación de este puede ser que apruebe lo buscado o iniciar la acción o, en su defecto, haber agotado los recursos orgánicos. Como máximo, lo exigido es que se haga hasta una convocatoria judicial, aunque en muchos casos es sostenido que basta con una intimación a un órgano para que haga la convocatoria. Fracasado el acto del órgano por la razón que sea, el socio puede instar la acción social en cuestión. Si es admitida en la Justicia, la resolución se ejecutará, sin necesidad de un acto orgánico al respecto, lo cual demuestra lo dicho: la procedencia de la acción social no depende de un acto orgánico.

2. Supongamos que no hay mayoría de votos afirmativos en el órgano competente. El objeto de una pretensión de nulidad es declarar ineficaz un acto jurídico. Para el caso, ese acto jurídico de gobierno. Entonces, que un tribunal declare que la decisión fue ilícita la priva de efectos y podría haber dos consecuencias. La primera, neutra, puesto que simplemente dejaría sin efecto la resolución y volverían las cosas al estado anterior al acto. Quiero decir, esa declaración de nulidad no implicaría, además, que la sociedad debió aprobar el objeto procurado o instar la acción judicial. La segunda es que, por el contrario, esa invalidez declarada judicialmente haga eficaz la decisión que denominé autosuficiente (y así, por ejemplo, un director quedaría removido de su cargo) u obligue a instar la acción social principal a la sociedad (por ejemplo, de exclusión de un socio).

Si la última opción fuese la correcta, la pretensión de nulidad sería autónoma con respecto a la principal. Quiero decir, el socio podría únicamente instar esa pretensión de nulidad para que, luego, la sociedad inste la acción social principal, sin tener que hacerlo por sí mismo. Sin embargo, esa estrategia puede ser inconveniente. Salvo por vicios formales, la invalidez de la decisión del órgano de gobierno supone una decisión errada en función de que la sociedad debió aprobar el punto. Por lo tanto, el socio que inició este proceso de impugnación deberá demostrar los fundamentos de la ilicitud, esto es, que la causa de la acción social principal es cierta (por ejemplo, que un socio es civilmente responsable por daños contra la sociedad). Es decir, deberá, prácticamente, hacer el juicio con respecto a la responsabilidad de ese socio porque, si no la demuestra, no procederá la impugnación. O sea, si el tribunal no tiene claro que la sociedad debía instar la acción de responsabilidad, la decisión impugnada no sería inválida. Esto puede implicar años de litigio antes de que la sociedad inste la acción de responsabilidad contra el socio. Lo cual, además, plantea la cuestión de la posible prescripción de la acción social, tema que no voy a tratar para no ramificarme.

Más allá de la conveniencia, lo cierto es que con la invalidez, estrictamente, el acto queda sin efecto, pero no genera una obligación a raíz de ello sobre la materia en cuestión. No hay una decisión positiva en lugar de la anulada. De acuerdo con el art. 390 del Cód. Civ. y Com., “[l]a nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo [...]”. Por lo tanto, en su caso, es una resolución judicial la que generará una modificación a la situación jurídica (además de la ineficacia del acto). Así, la nulidad del acto de gobierno que no declaró la causa de exclusión de un socio dejará sin efecto esa declaración, pero esto no implica, automáticamente, que la sociedad haya resuelto afirmativamente que existe la causa y que, por consiguiente, el órgano de representación debe instar la acción social de exclusión. No, al menos, en función del efecto legal de la declaración de la invalidez.

3. Si lo anterior es correcto, la razón para exigir la invalidez del acto de gobierno negativa sería su obligatoriedad para el socio (y los integrantes de los órganos), de conformidad con lo previsto en el citado art. 233.

Es un tema complejo, pero, en términos generales, considero que el socio no debe impugnar el acto de gobierno para que proceda la pretensión social ejercida individualmente. Para empezar, no hay una norma que resuelva explícitamente la cuestión. Ni general ni especial para algún tipo de pretensión social. Incluso, en ninguna de las normas que aluden al agotamiento de los recursos orgánicos (arts. 114, párr. 1º, 236, último párr., y 265) está prevista la condición de la invalidación de un acto interno. Ante la duda, entiendo que prima el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, puesto que, de otro modo, se impediría la procedencia de una pretensión (justa, en su caso) por un requisito no previsto con precisión y claridad en la normativa.

Ya en un análisis particular de aquel art. 233, la obligación del socio es respetar lo decidido y conducirse en función de ello. Es decir, no puede obrar *como si* la decisión no hubiese sido tomada. De modo que, por ejemplo, cuando el órgano de gobierno no aprueba disolver el ente, remover a un administrador o excluir automáticamente a un socio, el disconforme no puede exigir a los administradores que convoquen al liquidador a aceptar el cargo, plantear la asunción del suplente o pretender que el socio no participe de un acto de gobierno, respectivamente.

Sin embargo, la sociedad no puede obligar a un socio a abstenerse de accionar judicialmente. Como señalé, este no es un derecho *derivado* de la sociedad ni el socio actúa en su representación. Ejerce un derecho personal, en tanto interesado esencial de la relación jurídica societaria. De modo que ese no puede ser el contenido de la decisión de gobierno ni, por ende, generar una obligación en tal sentido para el socio. Reitero que el acto de gobierno no genera el derecho a la acción social individual, sino que, con respecto a esta, opera como agotamiento de los recursos orgánicos.

Asimismo, el órgano de gobierno no tiene la potestad de obligar al socio con respecto a la declaración de la existencia o no de la causa de la eventual pretensión social. Vuelvo sobre los ejemplos dados: disolución, remoción y exclusión. La causa de estas no es el acto de gobierno, sino hechos precedentes. La sociedad declara que no existe tal causa, pero esta declaración no genera ninguna obligación concreta para el socio más que respetar que no habrá ninguna innovación en la relación jurídica societaria por el acto de gobierno. En tanto mera declaración, al socio le basta con haber mantenido una conducta coherente (para el caso, votar afirmativamente) y será el Poder Judicial el que, en definitiva, declare con fuerza obligatoria la existencia de la causa.

Por supuesto, si la resolución produjo un cambio en la relación jurídica societaria, allí el socio sí queda “obligado” a actuar en función de la modificación. Por lo tanto, por ejemplo, si hubo una designación incorrecta de un administrador por un defecto de cómputo en la votación, la designación en esas condiciones es la causa de la remoción y el socio debe dejarla sin efecto porque, de otro modo, está obligado a respetarla.