

Sujeto pasivo de la acción de remoción de directores de sociedad anónima

Por Joaquín Odriozola. Trabajo final del Premaster semipresencial CUDES-Universidad Austral. Edición 2013.

Sumario: 1. Introducción. 2. Acción de remoción. Distintas clases. 3. Quitus. 4. Prescripción. 5. Conclusiones

1. Introducción

Respecto del tema que se me asignó he encontrado muchísima doctrina, jurisprudencia, e información, así que para poder lograr cumplir con la premisa que me fue entregada de la mejor forma posible, deberé ser creativo en mis formas y muy prolijo en mí narrar.

Dicho esto, y a fin de abordar en forma completa el tema asignado, pudiendo presentarse el mismo de diferentes maneras y/o a través de distintas circunstancias, proyectaré mi síntesis con breves descripciones de las maneras en las que puede aparecer la acción de remoción. Haciendo de cuenta que la sociedad anónima es una caja de madera, entraré en ella para inmiscuirme en un sector llamado “directorio”, y en donde me encontraré con la figura del director, quien es uno de los sujetos pasivos de la acción de remoción en las sociedades anónimas.

Una vez allí adentro, empezaré a describir las situaciones o peripecias que pueden suceder dentro de esta caja y/o del directorio.

El directorio en la sociedad anónima es el órgano necesario, esencial y tipificante que tiene a su cargo la tarea de administrar y llevar a cabo, en el ámbito externo e interno, los negocios de la sociedad¹.

El director forma parte del órgano de administración de una sociedad anónima, mas conocido como directorio. Dicho órgano puede estar constituido por uno o varios directores, dependiendo el tipo de sociedad que sea (Ej. las sociedades incluidas en el Art.299, serán como mínimo 3 directores -art.255 LSC-). Los directores - designados en conformidad con el Art.264, el que dispone las prohibiciones o incompatibilidades para serlo-, deberán tomar decisiones -o resolver- para que la

¹ Gagliardo, Mariano. “El Directorio en la Sociedad Anónima” Editorial Lexis Nexis de 27/07/2007, Pág.99.

sociedad cumpla con el giro comercial para lo que fue creada. Esta tarea suena fácil, pero no lo es, pues dichas decisiones pueden ser acertadas o no para el bien de la sociedad, pero siempre pueden ser impugnadas u objetadas por los accionistas (también llamados socios, dueños, y/o integrantes del órgano de gobierno). Como en todos los ámbitos de la vida, hay buenos y malos, refiriéndome a estos últimos como los que no obran con lealtad o diligentemente como un buen hombre de negocios (Art.59 LSC), violan la ley, el estatuto o reglamento (código de convivencia dentro de la caja) y/o generen cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (Art.274 1º párrafo de LSC).

En su actividad diaria, el directorio deberá adoptar decisiones para administrar de manera efectiva la sociedad anónima. En ese actuar, es donde pueden verse violados ciertos intereses de accionistas, terceros, o incluso de la propia sociedad (e indirectamente a otros accionistas). Para casos como tales, entre lo dispuesto por la LSC, y lo escrito por la doctrina y la jurisprudencia, se han formado ciertas herramientas para remover al director (acción de remoción) y/o responsabilizarlo por lo actuado (acción de responsabilidad). Esta última, puede encontrar diferentes formas, como la acción de responsabilidad social (Art.276 LSC), o la acción de responsabilidad individual (Art.279 LSC).

En efecto, la remoción y la acción social de responsabilidad pueden recíprocamente constituir una la causa de la otra.² Empero, resulta muy difícil encontrar la una sin la otra.

Así, en la LSC la responsabilidad de los administradores está regulada en forma genérica, para todos los tipos societarios (art.59), y de un modo específico (arts.274/277), con relación a los directores de sociedades anónimas. Y aún así, dentro de la normativa específica, el análisis de una serie de circunstancias particulares no puede ser dejado de lado al juzgar la responsabilidad de un director de una sociedad anónima. Tampoco es la misma situación la de un director de asiento y la del que cumple funciones ejecutivas permanentes, debiendo considerar asimismo la existencia de áreas específicas de actuación en razón de su profesión o especialidad.³

² Gagliardo, Mariano. “El Directorio en la Sociedad Anónima” Editorial Lexis Nexis de 27/07/2007, Pág.528.-

³ Odriozola, Carlos S.: “Reforma del régimen de responsabilidad de los directores o necesidad de una adecuada interpretación?” La Ley, 1982 –B, pto.III, Pág.711.-.

2. Acción de remoción. Distintas Clases.

La acción de remoción puede definirse, como aquella acción iniciada (por director, accionista individual, sindico, o la sociedad misma) con el fin de remover del cargo al director que haya realizado algún acto contrario (Art.59, Art.274 de la LSC, considerado razonablemente y en atención a las circunstancias del caso) a la sociedad, a un accionista, o a un tercero. Dicho esto, es menester destacar que difícilmente aparezca -en la práctica- de forma solitaria, más bien suele encontrarse acompañada de la famosa acción de “impugnación de asamblea” y/o de las “acciones de responsabilidad”. Asimismo, y en otro plano, la acción de remoción es requisito ineludible para “intervención judicial” dispuesta en el Art.113/4 LSC.

La diferencia entre que la acción sea iniciada por la sociedad o por un socio opositor, es que en la primera la remoción se hará efectiva al aprobarse la resolución social, en cambio en la segunda, la remoción recién se producirá con la sentencia que haga lugar a la responsabilidad. En este ultimo caso, será también necesario que se impugne la decisión asamblearia, pues no podría un socio pedir la remoción de un director, avalando la resolución asamblearia que aprobó la decisión que el socio considera en infracción o la que le genera un perjuicio.

En otro estado, cabria analizar si dicha remoción implica o no responsabilidad alguna, y en su caso, indemnización pecuniaria o sanción penal (simulación, fraude, etc.).

En efecto, la responsabilidad recaería individualmente sobre los administradores. No podría responsabilizarse al directorio como órgano, ya que no se trata de una persona jurídica a la que se le puedan imputar obligaciones. Son los directores, personas independientes entre si los encargados de llevar adelante -actuando en conjunto y orgánicamente- la administración y representación de la sociedad, porque los deberes de diligencia y la consecuente responsabilidad, recaen sobre cada uno de ellos.⁴ Es decir, si bien se puede accionar contra todos los directores, la responsabilidad les cabe a cada uno en particular, pudiendo ser removidos algunos y otros no. Tal caso seria el supuesto dispuesto en el Art.265 de la LSC -para los casos en que el director incurre en las prohibiciones o incompatibilidades del art.264

⁴ Roitman, Horacio. “Ley de Sociedades Comerciales. Tomo IV” Editorial La Ley, segunda quincena de agosto de 2006, Pág.544.-

LSC-, en el que no sería necesario convocar a asamblea una vez transcurrido el plazo de 40 días allí indicado.⁵

Es necesario resaltar que el Art.274 de la LSC dispone en primera medida que la responsabilidad de los directores será solidaria, y posteriormente -en su segundo párrafo- que la imputación de responsabilidad se hará “atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia”. Este párrafo fue introducido por la Ley 22.903 para los casos en los que los directores tengan funciones específicas –individualmente- dentro de la sociedad, y siendo así, a modo de ejemplo digo que: el director de finanzas de una sociedad anónima de un patrimonio gigantesco, quien fue designado para instalar la empresa en Rusia -en donde vive temporalmente-, mal podría ser responsable del actuar del director local de Recursos Humanos, por los despidos injustificados y/o giros patrimoniales injustificados.

Asimismo, y conforme lo prevé el Art.274 *in fine* quedaría eximido 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 sindico antes de que se su responsabilidad se denuncie al directorio, al sindico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial.

Yendo al fondo del Art.274 LSC, destacó que no solo por el hecho de pertenecer al directorio se es responsable⁶ -siguiendo la línea del principio de la solidaridad- dado que podrían haber circunstancias que permitan atribuir la responsabilidad a uno de los directores, y no a todos -tal cual lo manifesté anteriormente-.

El Dr. Horacio P. Fargosi, uno de los autores de la ley 22.9023 -introdujo el Art.274 2º párrafo a la LSC- explicó: *“Debe atenderse a que la reforma que se propone no altera el régimen actual de responsabilidad sino que introduce una posibilidad de*

⁵ Fallo: “Tejada Ángel Alejandro en J°164.864/29.857 Tejada Ángel Alejandro c/ Cortizo José Alberto p/ cuest. deriv. ley de sociedades” Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 16/05/2007, Cita Microjuris: MJJ12523: *“Cumplidos los términos previstos en el art. 265 LS, es absurdo exigir que previamente se solicite judicialmente la convocatoria a asamblea, porque el planteo que así lo requiere es formulado, precisamente, por los directores que debieron convocar a la asamblea y no lo hicieron.”*

⁶ Fallo “Jinkus, Gabriel A. c. Video Producciones Internacionales S.A. y otros. s/”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, de fecha 6/11/1996, Cita Microjuris EDJ8794: *“La responsabilidad del directorio de una sociedad anónima nace de la sola circunstancia de integrar el órgano de gobierno; de allí que es función de cualquier integrante del órgano de administración la de controlar la calidad de la gestión empresarial, dando lugar su incumplimiento a una suerte de culpa in vigilando.”*

distinción en la forma de asignarla cuando se dan ciertas situaciones que la ley establece objetivamente. Puede afirmarse que la responsabilidad en el texto vigente tiene características tipológicas que prescinden de todo juicio de atribución basado en el obrar individual de los directores...La modificación que se propone no implica atenuar o atemperar la responsabilidad de los integrantes de la administración, sino atender a la actuación individual cuando se dan las circunstancias establecidas por la ley, como requisitos formales para que esta hipótesis sea operativa y que serán de constatación objetiva; esto así, será menester previsión estatutaria o decisión asamblearia que atribuya funciones especiales, con la pertinente inscripción, tanto de dicha atribución como de la designación del director que las cumpla. Vale decir, se mantiene el régimen vigente y se posibilita que en ciertas circunstancias se atienda a la actuación personal cuando se den los supuestos que la norma requiera para que así se juzgue y atribuya la responsabilidad.”⁷

Los directores pueden ser removidos *ad nutúm* o sea, sin expresión de causa. En caso de que este director sea también accionista (puede o no serlo conforme al Art.256 LSC), no podrá votar como tal en el supuesto de que haya una causa fundada, teniendo así el deber legal de abstenerse (Art.241 LSC). En caso de que tal remoción sea sin causa, y aún cuando la norma no lo prevé expresamente, debe interpretarse que el director imputado (y también accionista) podrá votar como accionista en la respectiva resolución.

La remoción será siempre resuelta por una asamblea ordinaria, aún cuando los directores hayan sido designados por el consejo de vigilancia (art.234, in.2º, y 281, inc.d, LS), y a ese efecto deberá contemplarse expresamente el orden del día.⁸

También existe la remoción tacita o indirecta, que es la prevista en el Art.276 de la LSC, y que resulta a consecuencia de la aprobación de la acción de responsabilidad contra alguno o todos los directores. En este último supuesto, no será necesario que tal punto este consignado al orden del día, dado que las resoluciones atinentes a la responsabilidad de los directores, pueden darse a consecuencia de un asunto que si esta integrado en el temario a tratar.

En el caso de que la propuesta de remoción con causa fuera rechazada, quienes votaron a favor de ella en la asamblea, podrán accionar judicialmente mediante la

⁷ Horacio Roitman, Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada, Editorial La Ley, segunda quincena de agosto de 2006, Pág.557/558.

⁸ Vanasco, Carlos Augusto. “Sociedades Comerciales, Tomo 2” Editorial Astrea, primer quincena de agosto de 2006. Pág.605.-

interposición de la acción social ejercida *ut singuli* para que se decrete la destitución del imputado, debiendo cargar con la prueba y demostrar las causas eficientes que justifican el alejamiento del director. Los que votaron en el otro sentido, también podrán hacerlo, pero solo en el caso de probar algún vicio en la voluntad.

El Dr. Mariano Gagliardo, sostiene que: *“En efecto, la remoción y la acción social de responsabilidad pueden constituir recíprocamente una la causa de la otra. No obstante, la remoción puede ser incausada o fundada en distintos motivos, a pesar de los cuales la propia asamblea que considera el tema puede renunciar a todo reclamo, siempre que no mediare oposición de uno o varios accionistas interesados (Art.275 LSC). Adviértase que la última hipótesis supone un reproche, aunque bien puede darse una remoción lisa y llana, exenta de reclamo patrimonial por la sociedad y en subsidio por la minoría, que ocasione un perjuicio moral al director removido. Esto puede motivar un desprestigio en el ambiente empresario, financiero, etc. que posibilite una acción por daños como reparación del agravio moral (art.1072 del C.Civ.)”*⁹.

Además de la sociedad, pueden ejercer la acción social de responsabilidad los accionistas que hayan votado en contra de la aprobación de la gestión, cualquier socio (en conformidad con el Art.277 y en caso de que tal no haya sido iniciada por la sociedad dentro de los 3 meses de la resolución que declara la responsabilidad del director o directores), el síndico de la quiebra, y/o los acreedores individualmente, en conformidad con el Art.278 de la LSC. Como regla corresponderá la cuestión a la asamblea ordinaria, encargada de tratar lo referido a la gestión de la sociedad y la responsabilidad de los directores (art.234 inc.1º y 3º LSC). No obstante ello, en caso de que la acción se resuelva en un tema incluido en el orden del día, podrá ser resuelto por la asamblea extraordinaria.

En cualquiera de los anteriores casos, se ejercitará la acción en beneficio de la sociedad, por lo que el resultado de la misma ingresará al patrimonio social y no al del actor.

La acción de remoción es requisito ineludible para que un socio -acreditando tal condición, la existencia del peligro y gravedad de que el director siga ejerciendo su cargo, y habiendo agotado la los recursos estipulados en el contrato social- solicite

⁹ Gagliardo, Mariano. “Responsabilidad de los directores de Sociedades Anónimas. Societaria – Tributaria – Aduanera- Civil- Laboral – Otras responsabilidades específicas” Tomo II, Abeledo Perrot, primer quincena de septiembre de 2011, Pág. 938.

la intervención judicial.¹⁰ Dicha intervención consistirá en la designación de un mero veedor, de uno o varios coadministradores o administradores.

La remoción del director solo será oponible a terceros cuando se encuentren debidamente inscripta su cesación al cargo ante el Registro Público de Comercio, hoy convertido en Inspección General de Justicia -en el ámbito de la Capital Federal- o Dirección de Personas Jurídicas -en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires-.¹¹

Asimismo, será requisito para petitionar la acción de responsabilidad, para así remover al director y posteriormente poder solicitar la intervención judicial, que la reunión de directorio que convoca la asamblea, haya sido realizada con quórum suficiente, de lo contrario esas resoluciones serían nulas¹². Lo mismo ocurriría con el acto asambleario irregular.¹³

3. Quitus

Una de las formas de extinción de responsabilidad de los administradores es la aprobación de su gestión, renuncia al cargo o transacción por la asamblea. En caso de que exista oposición -voto en contrario-de al menos el 5% del capital social, quienes hayan votado en contra podrán iniciar la acción social de responsabilidad.

¹⁰ Fallo: “Mihanovich Fernando Segundo y otro c/ Bracorp S.A. s/ medida precautoria, incidente del art. 250 del Código Procesal” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, 11/03/2013, Cita Microjuris MJJ79014. “*Rechazo de la pretensión cautelar por medio de la cual se solicita la designación de un interventor judicial para una sociedad anónima al no cumplirse con un recaudo que específicamente exige la ley para su procedencia, esto es, la promoción de la acción de remoción de los administradores.*”

¹¹ Fallo: “Jorge A. Bazan c/ Santa Julia S.C.A s/ apelación directa” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 11/05/2007, Cita Microjuris MJJ12828: “*La norma del art. 60 de la ley 19.550 establece que toda designación o cesación de los administradores debe ser inscripta en la Inspección General de Justicia. La omisión de esta inscripción torna el acto inoponible frente a terceros (art. 12 LSC).*”

¹² Fallo: “Inspección General de Justicia c/ Colegio Río de la Plata S.A. s/ organismos externos”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 16/06/2011, Cita Microjuris MJJ67646: “*Una de las condiciones de validez de una asamblea es que su convocatoria sea regular, ya que la invalidez de aquélla opera - en principio - como causa de invalidez de todo el acto asambleario*”

¹³ Fallo: “Armanino Leopoldo Aquiles c/ Colegio del Arbol S.A. y otro s/ sumario”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, 28/10/2005, Cita Microjuris MJJ5999: “*El art. 251 de la Ley 19.550 requiere para la promoción de la acción, que la asamblea efectivamente se haya realizado y que las decisiones en ella adoptadas sean violatorias de la ley, el estatuto o reglamento; lo que en autos no acaeció, haciendo que la impugnación de asambleas sea formalmente inadmisibile. Y si aún por vía de hipótesis se entendiera que se trata de decisiones asamblearias irregulares que producen una nulidad absoluta -inconfirmable e imprescriptible- la inexistencia de un acto jurídico impide la aplicación de la norma; sin perjuicio de la eventual anulabilidad de los instrumentos falsificados o adulterados.*”

En caso de que sean más de un accionista para poder lograr tal porcentaje, se formará el llamado "litisconsorcio activo".

En caso de que los socios opositores no alcancen el 5% -más allá de que no este previsto en el Art.276 *in fine*-, y en caso de violación a la ley, estatuto o reglamento, también podrían solicitar la nulidad de dicha asamblea y demandar la responsabilidad de los administradores, de conformidad con lo dispuesto el Art.251 de la LSC. En este caso, sería imprescindible demandar la nulidad de la asamblea junto con la responsabilidad del director, por cuanto aquella decisión asamblearia tendrá validez hasta tanto se la declare nula, y recién entonces se podría accionar por responsabilidad contra el director.

4. Prescripción

La prescripción respecto de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, es de carácter contractual. Este tema, ha sido arduamente debatido, diferenciándose dos posturas: (i) la de quienes sostienen que el plazo es de diez años, por aplicación del art.846 del C.Com. y (ii) la de quienes sostienen que el plazo es de tres años, por aplicación del art.848 inc.1 del C.Com. La doctrina mayoritaria adhiere a esta última postura.

Por otro lado, distinto es el caso en el que el accionista sufrió un daño en forma individual, ya que se encontraría comprendido en el inc. 1º del art. 848 del Código de Comercio, por cuanto la prescripción sería de tres años por tratarse de una causa derivada del contrato de sociedad.

5. Conclusiones

(i).- La acción de remoción se encuentra estrechamente vinculada con las acciones de responsabilidad. La remoción es muchas veces más necesaria que la mera imputación de responsabilidad, por cuanto el director en el ejercicio de su cargo podría seguir generando daño con su actuar, yendo incluso en contra de sus intereses, los de la sociedad, y/o de los terceros. En cambio, las acciones de responsabilidad buscan imputar la responsabilidad al director "malo" para que el mismo sea responsable por su mal desempeño, pero también buscan remover al director "de la caja", por cuanto saben que teniéndolo dentro de la misma, la sociedad sería difícilmente sostenible.

(ii).- Si bien, el Art.274 *in fine* encuentra fundamentos para que un director se vea eximido de ser removido y/o responsable por su actuación, la mayor parte de la doctrina sostiene que si no existe una división de funciones debidamente especificada (Art.274 2º párrafo), se entiende que los mismos son responsables solidariamente frente a la sociedad, accionistas y terceros.

(iii).- Asimismo, respecto de quienes podrían ser los sujetos pasivos de la acción de remoción del director de la sociedad anónima, se puede deducir que la sociedad, los miembros del consejo de vigilancia y/o los accionistas también podrían serlo, por cuanto ellos con sus actos o sus omisiones, permitieron el “mal desempeño” del director, y por ende, el accionar del director para ser susceptible de la acción de remoción.

En tal sentido, el Dr. Mariano Gagliardo, sostuvo: *“...deberá distinguirse al sujeto que actúa en la remoción pues, si se acumulan a esta pretensión los daños e intereses, corresponderá entonces determinar en cada caso a quien pertenece la condena pecuniaria: si a la sociedad o al accionista. Si proceden los integrantes de alguno de los órganos capacitados (directorio, sindicatura o consejo de vigilancia), no hay duda que la indemnización es consecuencia de una acción social, aun cuando la sociedad sea codemandada y siempre y cuando se efectivice la condena en la persona física del inhabilitado. En consecuencia, el planteo procesal constituye quizás un aspecto preponderante en razón de los sujetos que deben integrar la litis y el carácter de los eventuales condenados”*.¹⁴

(iv).- Por otro lado, desde un plano puramente procesal, y en atención a las circunstancias de cada caso, muchas veces resulta más efectivo demandar al director, a la sociedad, y a los accionistas que avalaron -y/u omitieron oponerse a- la actuación del primero, mostrando así coherencia en los planteos para su remoción..

¹⁴ Mariano Gagliardo, “Responsabilidad de los directores de Sociedades Anónimas”, Editorial Abeledo Perrot, 10/10/2001, Pág.630