

EL DIRECTORIO, SUS ACTAS Y RESOLUCIONES.

Por Luis María Esandi (h) y Guillermo Andrés Marcos

1. *In veritas facit iudicium.*

Es un gran honor contribuir en el tributo a tres personalidades tan trascendentes para el Derecho en nuestro Departamento Judicial de Bahía Blanca con un libro, lo que constituye una apropiado modo de homenaje. Si hay un denominador común en los tres, fue la pasión por los libros y —no sólo, sino— fundamentalmente, la lectura. JOSÉ GARCÍA PEREYRA y ADOLFO PLÍNER dejaron dos de las bibliotecas jurídicas más ricas de la ciudad, en épocas en las que los libros publicados en el extranjero había que requerirlos por correspondencia epistolar. ADOLFO PLÍNER llegó a reunir la totalidad de las fuentes citadas por Vélez Sarsfield en el Código civil.

La biblioteca de JOSÉ LUIS GARCÍA PEREYRA era tan variada y rica como el dominio por él de tan disímiles disciplinas del Derecho. Se comentaba que uno de los miembros de la corte suprema designada en el gobierno de Alfonsín, en alguna oportunidad manifestó que no había conocido a abogado que supiera y dominara con tanta propiedad, tantas ramas del Derecho, como CACHO GARCÍA PEREYRA.

Los libros más queridos de MARIO MONACELLI se encontraban en su casa y por ende, no estaban tan íntimamente vinculados a la labor profesional, sino a otras inquietudes: ciencia política, filosofía práctica y en el epígono de su vida, la actividad colegial. Fue también, entre su generación, uno de los primeros que advirtió la fortaleza teórica del análisis económico del derecho, y se introdujo en la búsqueda —harto difícil entonces— de material en español y en la intensa lectura de las primeras obras sobre la materia.

ADOLFO PLÍNER fue un juez paradigmático y para ello basta el recuerdo de las reiteradas oportunidades en las que en reunión entre abogados de distintas jurisdicciones —en las que nunca faltan las críticas a los funcionarios judiciales—, cada vez que se quería comentar experiencias del Departamento Judicial de Bahía Blanca, uno era frenado con el fundamento de que —Ustedes allá tienen a PLÍNER. Aun así, es connatural a la condición de juez, ser blanco inevitable de críticas entre los que participan en los procesos que aquél resuelve. En una época fue frecuente escuchar de PLÍNER su falta de sensibilidad, su apego a las normas; que era formalista, demasiado formalista.

Hoy, luego de haber pasado unos cuantos años, esa crítica puede convertirse en la exposición de una virtud. Es que esa actitud mostraba a la vez su sabiduría y humildad intelectual en la medida que el formalismo destaca a la sentencia como resultado de

una labor intelectualmente sencilla y por ende accesible a muchos. Para ello el Juez debe regirse por el significado natural de los textos legales —que es el que está a disposición de todos— y someterse al mismo haciendo a un lado la tentación de elucubrar pantanosos argumentos morales, o intenciones contra-fácticas del legislador. Y si bien el ejercicio de la magistratura conlleva por definición la emisión de enunciados autoritativos —es decir, que más allá de la convicción de los argumentos que se presenten, terminan imponiéndose a las partes— acatando aquellas premisas esos enunciados son menos producto de la voluntad del Juez y más resultado de la voluntad del legislador o del Derecho en su totalidad. La autoridad del fallo entonces, no proviene tanto de lo decidido por el Juez sino más bien, de lo decidido por el Legislador. Y ello se complace más con el diseño democrático del poder, en el que las facultades eminentemente decisorias han sido confiadas por el pueblo a la legislatura y no a la judicatura. Por ende, un juez así de formalista, es un juez democrático.

Es cierto que al no dar rienda suelta a la imaginación o a la intuición moral para buscar el resultado particularmente justo para el caso, se correría el riesgo de ser inicuo *en el caso*. Incluso se podría objetar que desconoce la *necesaria* conexión que habría entre el derecho y la moral. Sin embargo la crítica es injusta, porque puede ser que incluso sean razones morales las que lleve al Juez a acatar rigurosamente al Legislador. Porque de ese modo, sus fallos serán más previsibles confiriendo a los particulares mayor posibilidad de decidir libremente el curso de sus acciones. Al circunscribirse la crítica a cada caso se ignora que el mismo ha sido resuelto ajustándose a un modelo de toma de decisiones —como lo es el judicial, por lo ya dicho que es autoritativo— cualitativamente distinto a cómo podría decidirse el caso con abstracción de la existencia del derecho y de instituciones diferentes, unas que crean normas y otras que aplican.

Vaya por ello el elogio a Don ADOLFO PLÍNER por haber sido formalista. En su caso particular, haberlo sido destaca su humildad intelectual. Porque era una persona sabia e instruida como pocos, con un impecable dominio del idioma, dadas sus inquietudes por la literatura, poesía, ciencia política, sociología, filosofía moral, preparada como pocos para aprovechar la parcela de discrecionalidad que confiere el ejercicio de la magistratura e impartir justicia en cada caso particular en la forma más elegante y disimulando como nadie cómo el fallo se apartaba del sentido natural de las normas jurídicas promulgadas. Tenía todas las virtudes para ser un prototipo del juez hercúleo que ha caracterizado DWORKIN para explicar a la vez qué es y cómo debe ser el Derecho.¹ Sin embargo, PLÍNER prefirió sólo decir el derecho en sus fallos y dejar que se imponga lo que sencillamente dijo el legislador, absteniéndose de implantar en los demás sus tendencias morales mediante el uso del aparato coactivo estatal. Su concepción liberal era de un nivel tal que —en el ejercicio de la jurisdicción— lo llevaba a abstenerse de imponerla a los demás.

¹ *Los derechos en serio* (Planeta Agostini – 1993), p. 146 y ss.

Esta descripción podrá hacer refunfunar a algunos partícipes de la comunidad tribunalicia bahiense de aquella época. Seguramente recordarán fallos que demuestran este error de apreciación. Aunque no cederíamos fácilmente, aún errados estamos persuadidos de que ese es el modo en que debe ejercerse la jurisdicción.

1. DERECHO DE INFORMACIÓN DEL ACCIONISTA

La Ley de Sociedades Comerciales (LSC) brinda unas pocas directivas con relación al derecho del socio para acceder a la documentación de la sociedad. De acuerdo a la norma que se predica del texto del Art. 55, el socio puede *acceder a toda la documentación de la sociedad*. En el segundo párrafo se señala una clase de sociedades en las que no se aplica aquel precepto: (a) SRL sometidas al control estatal permanente que impone el Art. 299 y (b) sociedades por acciones que hayan optado por contar con un órgano de fiscalización diferenciado. Este grupo cuenta con la propiedad común de contar o con un consejo de vigilancia o sindicatura.² Ello significa que para apeteer su curiosidad, el socio o accionista tendrá que dirigirse a esos órganos quienes deben brindarle información “*sobre las materias que son de su competencia.*” (LSC: 294, 6°), entre las que se cuenta, la de “*fiscalizar la administración de la sociedad, a cuyo efecto examinará los libros y documentación siempre que lo juzgue conveniente y, por lo menos, una vez cada tres (3) meses*” (LSC: 294:1°).

No obstante lo expuesto, los socios y accionistas de la clase de sociedades alcanzadas por el segundo párrafo del Art. 55, tienen acceso a cierta documentación, tal como las actas de las asambleas (Art. 249 último párrafo) de las que podrán obtener una copia a su costa; el libro de registro de acciones (Art. 213) que es “*de libre consulta por los accionistas*”; el libro de depósito de acciones y registro de asistencia a asambleas, en ocasión de registrar su presencia al comparecer a una asamblea. También pueden exigir un juego de copias de los estados contables cuando esa documentación vaya a someterse a aprobación de la asamblea (Art. 67).

La tesis a sostener e intentar justificar³ en el presente, afirma que no obstante que la sociedad anónima se encuentre alcanzada por el Art. 55 primera parte, los accionistas no tienen derecho a acceder al libro de actas del directorio, ni tampoco exigir copias de las actas volcadas al mismo. Como consecuencia lógica de esa tesis, los accionistas tampoco podrán acceder a esas actas, si la sociedad a la que pertenecen se encuentra dentro del grupo individualizado en el segundo párrafo del Art. 55. Esta tesis no se ve plenamente avalada por la doctrina y hay algunos autores incluso que consideran que el accionista puede acceder a las actas en la sociedad anónima, con independencia

² Sin que por ello haya una relación bicondicional con el grupo de sociedades excluidas de la aplicación del primer párrafo del Art. 55, porque aun cuando una sociedad por parte de interés o S.R.L. no alcanzada por el 299, instituya un órgano diferenciado de fiscalización, sigue quedando alcanzada por aquella norma.

³ Que de ahora en más será denominada *tesis restrictiva*.

de que esté alcanzada por el primer o segundo párrafo del Art. 55, por interpretación extensiva de la facultad que les confiere el Art. 249 con relación a las actas de la asamblea⁴.

El fundamento de la tesis, podrá esclarecer qué función cumpliría impugnar una resolución del directorio.

2. UNA DISTINCIÓN CONCEPTUAL.

Pese a que la doctrina mayoritaria adscribe a la teoría del órgano como base expositiva del Derecho Societario, no se ha profundizado la distinción entre la representación y la administración como competencias que correspondan a órganos diferentes. Ha jugado a favor de ello el hecho de que en casi todos los tipos sociales, ambas competencias están confiadas a las mismas personas que ejercen la administración de la sociedad. Por ende se torna natural sostener que, en general, quien es administrador representa a la sociedad; y en aquel tipo en que esas competencias se encuentran asignadas a personas distintas (como en la sociedad anónima), se dice que el representante es un sub-órgano del de administración.

Sin embargo, hay poderosas razones conceptuales —que no son más que heurísticas— para partir desde un enfoque opuesto al descripto y establecer una distinción excluyente entre órgano de administración y de representación⁵ fundamentalmente porque constituyen dos competencias que presentan diferencias cualitativas en el modo en que son ejercidas y que repercuten en el modo en que pueden actuar cada órgano.

- a) LA NATURALEZA DE LA COMPETENCIA: mientras la función del órgano de administración es eminentemente decisoria, la del órgano de representación es ejecutoria. Ello no quita que sea necesario para el representante decidir, pero ello será en razón de que le sea imprescindible para cumplir con la orden y por todo aquello no resuelto por quien emitió la orden en cuestión. De igual modo, es posible también que al decidir, se esté ejecutando —o mejor dicho aplicando— una regla establecida por el estatuto u orden de la asamblea o de un accionista (vg. Art. 236). No obstante la distinción se sigue manteniendo porque, en un caso la decisión es ins-

⁴ E. MARTORELL, *Los directores de las sociedades anónimas* (Depalma - 337), p. 337. Esa interpretación ha sido calificada de acertada por G. CABANELLAS, *Derecho Societario – parte general – Contabilidad y Documentación societaria* (Heliasta – 1999), p. 529. “En efecto, nada debería impedir a los accionistas ejercer este derecho de información, requiriendo las actas a través del órgano de fiscalización, según lo dirigen los arts. 55 y 294, inciso 6 de la LSC.” Más adelante, con relación ya a todo el libro de actas de directorio, luego de exponer la tesis negativa de GARCÍA TEJERA (“*Libros especiales y actas de sociedades anónimas*” E.D. 30/8/1994, p. 5) afirma que su enfoque es opuesto: “La regla general es que tanto los libros de actas de los órganos societarios, como los restantes libros especiales, deben estar a disposición de los socios y de las demás personas con interés legítimo, en tanto no contengan secretos industriales o comerciales, o información cuya divulgación pueda ser dañosa para el interés societario.”

⁵ Tal como es firmemente sostenida por CABANELLAS (*op. cit.*) Tº 4: Los órganos societarios, capítulos XX y XXI. Resulta útil remarcar que el término órgano es usado tanto para referirse al ente o sujeto titular de la competencia, como a la competencia asignada a aquél.

trumentalmente necesaria para la ejecución; en otro la ejecución es instrumentalmente necesaria para la decisión.

- b) **CÓMO ACTÚA CADA ÓRGANO:** la administración puede estar a cargo de un órgano colegiado (como lo es el directorio); pero ello resulta incompatible con el rol de representante. En efecto, la representación podrá recaer sobre uno o varios individuos quienes actuarán en forma conjunta o indistinta, pero resulta inconcebible que la voluntad del ente se manifieste mediante la toma de una decisión por el principio de la mayoría, es decir, en forma colegiada.

A partir de estas distinciones, se puede notar que entre el órgano de administración y el de gobierno, la diferencia es meramente cuantitativa o de grado, porque ambos órganos pueden actuar en forma colegiada y también tienen una competencia eminentemente decisoria. Tienen una diferencia de grado porque se distinguen en la (mayor y menor) importancia de los temas asignados a cada uno y —por ende— la (mayor y menor) periodicidad de las reuniones, y el (mayor y menor) grado de formalidades que deben cumplir para adoptar una decisión válida. Ello queda confirmado con lo que prescribe la ley si tomamos en cuenta que según el Art. 234 inc. 1° es posible trasvasar la competencia del órgano de administración al órgano de gobierno para que éste resuelva cuestiones que en principio corresponden a aquél. Ello en cambio, no resulta lógicamente posible con relación al órgano de representación. Es dable advertir entonces que, desde el punto de vista conceptual resulta más nítida la distinción entre el órgano de representación y el de administración, que entre éste y el de gobierno. Ello sin embargo difiere notablemente con lo que acontece en la práctica.

Como consecuencia de la señalada coincidencia cualitativa entre el órgano de administración y el de gobierno es dable proyectar al acto de decisión del directorio la misma naturaleza que se le confiere al de la asamblea: ambos son corporativos y por consiguiente de eficacia interna a todos los miembros integrantes del órgano. La dualidad es entre uno (el órgano) y otro que es parte en el primero (el miembro).⁶ Consiguientemente, así como en la asamblea la eficacia de la resolución es interna a todo el elenco de accionistas de la sociedad, en el directorio, la resolución sólo afecta a los directores.

Esa eficacia interna va perfilando la función que cumple el acta: si en la misma se vuelca el desarrollo de la deliberación y voluntades que concurrieron para adoptar la decisión, la misma es meramente un medio documental del funcionamiento del colegio. El contenido de la resolución, que puede ser una orden, una regla de conducta (porque —a diferencia de la orden— se refiere a una clase de acciones) o la atribución o cese de la competencia asignada a alguien (vg. la designación o remoción de un empleado o gerente), tiene un alcance circunscrito a los directores integrantes del colegio.

⁶ F. CHIOMENTI *La revocación de las decisiones assemblearias* (Abeledo Perrot – 1993), p. 7 y ss.

Sea cual fuere la clase de decisión adoptada, la misma no es operativa y requiere de un acto ulterior cuyo contenido será el modo de cumplir la norma u orden que haya sido decidida por el directorio. Este último acto está a cargo de quien tiene funciones representativas quien no necesariamente tiene que ser el presidente y que generalmente no lo es.

Cada director, *por el mero hecho de ejercer esa función*, carece de todo tipo de potestad para dirigirse a otros sujetos que formen parte de la sociedad, aun cuando con ella esté exigiendo el cumplimiento de una resolución adoptada por el directorio. Esto podrá resultar alejado de la realidad, pero es que cuando acontece lo contrario, es porque el director tiene asignada en forma expresa o tácita otra competencia de la de ser miembro integrante del directorio. A los fundamentos conceptuales expuestos, es posible endosar lo prescripto por la LSC: el Art. 255 establece que la administración está a cargo de “*un directorio*” compuesto de uno o más directores. El Art. 260 alude al funcionamiento del directorio y cuando se refiere al director lo hace para precisar las condiciones en que debe actuar presuponiendo que el ámbito será el colegio y que su conducta queda circunscripta a deliberar y votar (Art. 266); cuando tenga un interés contrario con la sociedad, deberá abstenerse de intervenir en la deliberación (Art. 272). No hay norma que autorice a quien revista el cargo de director como integrante del órgano de administración, a dirigirse a terceros salvo que se le haya asignado expresamente funciones representativas (Art. 268 o 212). En estos casos, esa persona está cumpliendo funciones asignadas a otro órgano y en el ejercicio de las mismas, forma parte del órgano de representación.⁷

De lo expuesto resulta que la resolución del directorio requiere de alguien que la ejecute no siendo posible ello por acción alguna del directorio. También se infiere que los efectos de lo resuelto por el mismo alcanza solamente a los miembros del directorio. Cuando el contenido de una resolución trascendió el ámbito del colegio, es porque ha habido un nuevo *acto de habla* (o resultado de una acción⁸) distinto de la resolución del directorio, cuyo autor pudo haber sido el órgano de representación o un empleado o un apoderado. Y, si bien la orden, regla o potestad contenido del acto de habla proferido por quien ejecute una decisión del directorio puede tener como justificación subyacente lo que resolvió este órgano, en ninguna norma de la LSC se impone como condición de validez para esos actos que haya una resolución previa del directorio que así lo haya resuelto. Así por ejemplo, el representante orgánico sólo tiene como límite para la vali-

⁷ No cabe dudas que, en el caso de que a un director se le asigne funciones representativas por aplicación del Art. 268, el mismo se encuentra en la misma condición que el presidente de la sociedad, lo que surge como conclusión del hecho de que “*en ambos supuestos se aplicará el artículo 58.*” Es un representante orgánico y no convencional como un mandatario, que podría serlo pero porque se le otorgue un poder, en las mismas condiciones que a un tercero. En este caso, la procura provendrá de otro apoderado o de un representante orgánico, pero no de una cláusula del estatuto.

⁸ La “correspondencia entre acto y cambio es un nexo *intrínseco* o lógico. (...) Por resultado de un acto podemos entender el cambio que corresponde a este acto. G.H. VON WRIGHT en *Norma y acción* (Ed. Tecnos), p. 56 y ss.

dez de los actos que ejecute que no sean notoriamente ajenos al objeto social y que no viole la representación plural, tal como lo prescribe el Art. 58 y 268 LSC. Lo mismo acontece cuando es un apoderado, en cuanto a que el ejercicio del mandato presupone no sólo ejercer la atribución propia del órgano de representación sino que también decide y por ende ejercerá una competencia del órgano de administración o la asamblea según las facultades que se le confirieron en el poder. La validez de su decisión está condicionada exclusivamente a los límites de la procura. Cuando es un empleado de la sociedad, la validez de la orden dirigida a sus subordinados se apoya exclusivamente en la autoridad atribuida a aquél y consiguiente relación jerárquica; los subordinados no deben poner en tela de juicio la misma sobre la base de que haya o no una resolución del directorio que lo autorice a ordenar de esa manera, o porque la orden del empleado no se ajusta a lo que interpretan que haya ordenado el directorio. De igual modo, la firma del director del título conforme lo prescripto por el Art. 212 de la LSC, si es que se entiende a ello como un acto individual con efectos a terceros ajenos al directorio, no requiere de una decisión del directorio que le anteceda y de acuerdo a la distinción conceptual ya expuesta, tampoco constituye un acto propio de la esfera de competencia propia del órgano de administración.

La dificultad se presenta a partir del hecho de que con la palabra órgano se hace referencia no sólo a una competencia determinada (ámbito normativo), sino también a la persona (ámbito subjetivo) que la ejerce y ambos conceptos no son coextensivos. Por consiguiente dependiendo de a cuál aspecto se le confiera primacía conceptual, cuál es el precio que se va a pagar. Si prevalece el aspecto subjetivo, se incluirá en la administración, potestades que no son desde el otro punto de vista propios de esa competencia (como por ejemplo la que menta el Art. 212 antes indicado). En cambio, si se hace prevalecer la dimensión normativa, habrá potestades conferidas al director que no serán ejecutadas en su condición de órgano de administración.

3. EL ACTA.

No es infrecuente que para el acto que constituya ejecución de la decisión del directorio, se recurra a algún documento y que éste sea distinto del acta de directorio.⁹ Es cierto también que se emplea la misma acta como medio para ejecutar la orden o regla adoptada por el directorio. Lo destacable es que este acto normativo no está fundado en la decisión del directorio sino en la autoridad que la ley le confiere al representante de la sociedad y para muestra basta el hecho de que puede prescindir del acta de directorio para cumplir su oficio.

Hay dos casos, en los que pareciera que el acta de directorio constituye *el* medio documental a que deba recurrirse. Uno es cuando el directorio es quien designa al

⁹ Así por ejemplo, una publicación (Arts. 194 3º párrafo; 236; 237 2º párr.), uno o varios documentos (Arts. 63, 64, 65 y 66).

presidente del mismo. En ese caso quien revista el cargo posiblemente se valdrá del acta respectiva para hacer conocer el cargo que ejerce. Pero es importante advertir que la obligación de la sociedad no nace por el hecho de que se haya exhibido el acta de modo que, si no fue exhibida no hay obligación contra la sociedad. Por consiguiente, el acta no cumple más que una mera función probatoria para lo cual no es necesaria pudiendo ser sustituida por otra.

El otro supuesto, está relacionado con la responsabilidad de los directores. Uno de los recaudos necesario (pero no suficiente) para que un director quede eximido de la responsabilidad por los daños causados por una resolución del directorio, consiste en la protesta asentada en el acta correspondiente a la reunión de directorio en la cual se haya adoptado esa resolución dañosa con su disidencia. A ello debe sumar el director la carga de dar noticia de su protesta antes de que la responsabilidad del directorio sea denunciada a cualquier otro órgano o a la autoridad de contralor o sea promovida la acción judicial (Art. 274 3º párrafo). El acta constituye el mejor —pero no el único— medio documental de la protesta del director disidente.

Es de destacar que en ambos casos el acta se hace pública a iniciativa de un director dada la función que su contenido tiene para el propósito que el mismo persigue; en el primer caso para actuar en nombre de la sociedad como representante orgánico; en el segundo para eximirse de responsabilidad por los daños causados por una resolución del directorio.

De todo lo expuesto es dable concluir que el acta del directorio y el contenido de las mismas carece de relevancia jurídica alguna para los accionistas y terceros, quienes no podrían esgrimir razón alguna que justifique el reclamo de exhibición de las mismas.¹⁰ La responsabilidad de los directores no va a provenir del contenido de las actas, sino de los daños que sean consecuencia de aquellos actos de habla que constituyan la ejecución de lo resuelto por el directorio o se encuentren dentro de la esfera de competencia del órgano de administración; actos de habla que son propios de la esfera de representación.

Por otro lado, la función probatoria que se le dé al acta del directorio incide directamente en el modo en que será elaborada: si se sostiene la tesis de que las actas de directorio son de contenido reservado, los directores volcarán libremente todo aquello que efectivamente se haya deliberado en la reunión. Si las actas son de público acceso, los directores tomarán ciertas precauciones de lo que vuelquen en las mismas, sin necesidad de tener que presuponerse que todo aquello que no se documente sea de naturaleza ilícita. De este modo creo que se priva al órgano de la utilidad que podría significar el libro como medio de documentar las resoluciones que vayan adoptando y como un ins-

¹⁰ Se podría objetar que un tercero podría exigir el acta en la que fue designado el presidente para tenerlo como tal y contratar con la sociedad. Sin embargo la obligación quedará asumida por la sociedad por haberla contraída el representante legal y no porque le haya exhibido el acta al tercero.

trumento para controlar el grado de acatamiento de las resoluciones adoptadas por aquellos que debieron ejecutarlas así como el grado de satisfacción de los objetivos que se han fijado en la administración del patrimonio de la sociedad. Al ser las actas de acceso restringido a los directores, se confiere a cada uno de ellos de un mecanismo probatorio indispensable para que recíprocamente se controlen y midan el grado de responsabilidad que están poniendo en juego con las decisiones que tomen con base en el principio de la mayoría.

La mejor manera de analizar la tesis restrictiva, es desde la perspectiva de la persona a quien se le cercena el acceso a las actas: el accionista. Pueden presentarse diferentes situaciones: primero, el accionista meramente curioso, es decir, aquél que sin haber avizorado un perjuicio aún, tiene la inquietud de saber acerca de la gestión del directorio; segundo, el accionista que ha advertido un perjuicio causado a la sociedad que queda comprendido en la esfera de competencia de la administración; y tercero, el accionista que pretende invalidar los efectos de un acto jurídico llevado a cabo por el directorio. Al efecto, tomemos en cuenta las siguientes premisas: primero, conforme *ut supra*, debe mantenerse la distinción entre los actos resultado del ejercicio de la competencia del órgano de administración y los actos que corresponden a la esfera de la representación. Los primeros no resultan operativos y sí en cambio, los segundos. Éstos pueden corresponderse a lo resuelto según los primeros, pero no necesariamente. Por consiguiente los que tienen efectos jurídicos y/o causan efectivamente daño a la sociedad son los segundos y no los primeros, los que a lo sumo pueden ser calificados como actos preparatorios.

A partir de estas premisas es posible derivar las siguientes conclusiones respecto de las tres clases de situaciones en las que podría encontrarse el accionista. La información que resulta relevante para el mismo es aquella que está vinculada con los actos ejecutados dentro de la esfera de representación de la sociedad; porque a partir del conocimiento de los actos estrictamente de administración, no se sigue que uno sepa cuál será el curso ulterior de los actos propios de la esfera de la representación, ni los efectos jurídicos o los perjuicios que éstos desencadenen. Si pretende el resarcimiento de los perjuicios que se hayan causado a la sociedad o enervar los efectos jurídicos, entonces deberá atacar los actos propios de la esfera de representación de la sociedad, porque los de administración no son los que los generan directamente. En otras palabras son inertes o por sí solos ineficaces para causar daño a la sociedad.

Lo expuesto no implica que la resolución del directorio carezca de relevancia jurídica alguna. Porque quien la ejecute, además de estar cumpliendo la resolución, sabe que no será responsable de los efectos del acto, sino que lo serán los directores. Cabe aclarar que podrá ser que el ejecutor también sea responsable a la par que los directores si también es director (LSC: 268 y 274 primer párrafo). Por otro lado, el ejecutor será el

responsable definitivo (pero no único), independientemente del cargo que revista, por todo aquello que haya decidido para ejecutar la resolución.

En cambio, para el accionista es irrelevante saber si el ejecutor actuó autorizado o no, así como distinguir lo estrictamente ejecutado de lo decidido por el ejecutor para obedecer la resolución. Incluso no necesita saber si lo actuado por el ejecutor es consecuencia de una resolución que lo autorizó u ordenó. En todos los casos, los directores son responsables de los daños causados a la sociedad y ello no impide que el ejecutor también lo sea. Su visión parte desde el daño patrimonial para hacer un análisis retrospectivo: la imputación al órgano provendrá principalmente a partir de la relación que media entre el daño y la competencia asignada por la ley que constituye un dato normativo. Para observar esa relación es irrelevante el contenido de las actas de directorio dado que la responsabilidad que se les atribuye es con independencia de si los directores actuaron u omitieron actuar (LSC: 59 *in fine*).

La restricción al acceso del libro de actas del directorio se extiende también a los terceros sin discriminación de quien sea el que requiera el libro o un acta en cuestión. Las mismas razones expuestas otorgan legitimidad a la negativa del directorio ante el requerimiento de un organismo público recaudador. De igual modo acontece con los usuales requerimientos de los escribanos de un acta de directorio que autorice el acto que se va a llevar a cabo por escritura pública. Son los límites fijados por el Art. 58 de la LSC los que determinan la imputación del acto a la sociedad, para lo cual el escribano tendrá que exigir que se le exhiba el estatuto social. En nada modifica en lo que atañe a la validez del acto, una resolución del directorio. Si el acto es notoriamente ajeno al objeto social, la existencia del acta no va a modificar esa relación.

4. ¿INVALIDEZ O RESPONSABILIDAD?

En el contrato en general, la reglamentación por las partes tiene como propósito fijar reglas de conducta que en forma anticipada determinen una solución a los eventuales conflictos que se puedan suscitar en el cumplimiento de las prestaciones que asumen las partes y que constituyen el propósito o razón que los mueve a celebrar el contrato. Para comprenderlo mejor, resulta muy fructífero familiarizarse con la idea de *contrato perfecto*, con la que se hace referencia a aquel en el que las partes al celebrarlo se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución.¹¹ Claro que, el costo por esa negociación puede ser tal que lleve a las partes a desestimar la celebración del contrato. A ello debe adicionarse el relativo —pero inevitable— desconocimiento del futuro que tiene el ser humano, por lo que las reglas de conducta al ser establecidas en condiciones de incertidumbre pueden conducir en su aplicación a solucio-

¹¹ SCHÄFER – OTT *Manual de análisis económico del derecho civil* (Ed. Tecnos – 1991), p. 261 y ss. Con el mismo propósito pero partiendo desde la idea del contrato incompleto: L. A. KORNHAUSER, «Derecho de los contratos» en *Elementos de análisis económico del derecho* – H. SPECTOR, comp. (Rubinzal – Culzoni) p. 115.

nes recalcitrantes, en cuanto incluyan o excluyan de su alcance supuestos que se hubiera querido excluir o incluir al momento de diseñarla, de haberse previsto.¹² Por todo ello es que en general los contratos son *ex ante* imperfectos o incompletos, pero aún así pueden ser más eficientes en términos económicos, que si se hubiera intentado hacerlo perfecto. Por ello, “*individuos racionales establecerán acuerdos expresos vinculantes jurídicamente y redactarán un contrato más o menos detallado en función de que el coste de su redacción y ejecución venga compensado por una reducción suficiente en las posibilidades de incumplimiento de cualquiera de las partes.*”¹³

Desde ese punto de vista, el contrato de sociedad reviste ciertas particularidades. En primer lugar es el contrato incompleto por excelencia y ello queda mostrado en el tipo de reglas que se diseñan al momento de ser celebrado: contiene pocas o ninguna regla de conducta¹⁴ las que son suplidas por un conjunto de estándares genéricos de fines u objetivos a perseguir y un conjunto de reglas potestativas con las que se le confiere a ciertas personas la potestad de diseñar en el futuro las reglas de conducta —o nuevas reglas potestativas— que den solución a las contingencias que se vayan presentando.¹⁵ Mientras los demás contratos instituyen principalmente un conjunto de reglas de conducta¹⁶, el contrato de sociedad está conformado básicamente por un conjunto de reglas potestativas con las cuales se confieren a ciertas personas el deber de alcanzar los fines fijados por otras normas de una clase distinta.¹⁷

Muestra elocuente de ese esquema contractual lo constituye el órgano de administración. La LSC nada dice acerca de los deberes salvo el estándar genérico del Art. 59 por el cual se fija un límite a la discrecionalidad que se le reconoce en el ejercicio de la competencia. El otro deber lo constituye el objeto fin de la sociedad, es decir la generación de utilidades para distribuir entre los socios y que constituye contenido del interés social. Para el cumplimiento de ese deber, el órgano de administración cuenta una importante esfera de discrecionalidad. Desde ya que los socios fundadores pueden pre-

¹² F. SCHAUER, *Playing by the rules* (Clarendon Press – Oxford), p. 31 y ss.

¹³ J. ALFARO ÁGUILA REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (Civitas – Madrid – 1995) p. 25: “las partes sólo invertirán en determinar los derechos de cada uno hasta el límite en que el riesgo de incumplimiento de expropiación por la otra parte que reducen compense la inversión realizada en su delimitación.”

¹⁴ Es decir, reglas que determinan qué conducta es obligatoria, permitida o prohibida.

¹⁵ J. ALFARO ÁGUILA REAL (*op. cit.* p. 27): “las necesidades de regulación de la relación no pueden cubrirse en el momento inicial mediante el establecimiento de las reglas aplicables a cada cuestión, sino que han de ser cubiertas simplemente estableciendo *la forma en que dichas reglas van a ser establecidas*, es decir, por quién y conforme a qué procedimiento.”

¹⁶ Suelen contener también reglas potestativas, tales como las que confieran en un tercero la determinación del precio (C.C.: 1349) o cláusulas arbitrales. Incluso, a toda regla de conducta subyace una regla potestativa conferida al particular por la cual puede dirigirse a la justicia para exigir forzosamente el cumplimiento de la regla incumplida voluntariamente por la contraparte. Siempre y cuando el contrato sea válido.

¹⁷ Sobre la diferencia entre los tres tipos de reglas: ATIENZA – RUIZ MANERO *Ilícitos atípicos* (Trotta – Madrid – 2000) p. 16; sobre reglas potestativas o de competencia: E. BULYGIN, «Sobre las normas de competencia» en *Análisis lógico y Derecho* (C.E.C., Madrid, 1991), ALCHOURRÓN - BULYGIN, p. 485 y ss.

cisar ese deber genérico o imponerle deberes más específicos, pero no es lo que cotidianamente acontece en los contratos y estatutos que se celebran.

Cuando se confía en un tercero el cumplimiento de una labor, se presenta una dicotomía, o se le impone un deber de resultado o fin, o se le impone el cumplimiento de ciertas acciones siendo responsabilidad de quien las impone el resultado de éstas. Por consiguiente, la imposición de deberes de resultado conlleva necesariamente una importante esfera de discrecionalidad en la selección de las acciones a llevarse a cabo.

Esa particular estructura del contrato de sociedad repercute sobre la legislación que se puede diseñar para esta clase de contrato. Por consiguiente, la regulación a su cargo es menos de reglas de conductas y más de estándares de fines, genéricos e indeterminados, dejando en manos de los jueces la potestad de precisar *ex post* la regla una vez suscitado el conflicto, con el grado de incertidumbre que provoca en los sujetos contratantes y a la par la mayor discrecionalidad en cabeza de los jueces para resolver las controversias en esta clase de contratos.

La nulidad tiene una relación conceptual con las reglas de competencia, no así con las reglas de conducta, las que generalmente se asocian a una sanción.¹⁸ Pero esta afirmación no puede ser trasladada a la distinción de contratos antes expuesta. La nulidad interviene en ambas clases de contratos, tanto en el de cambio como en el de sociedad. Sin embargo cumple una función diferente. En el contrato de intercambio, la nulidad constituye un criterio de distinción de los contratos a los que los jueces otorgarán tutela jurisdiccional para que se cumplan los compromisos asumidos por las partes. Cuando el contrato es válido la parte cumplidora podrá forzar a la incumplidora a que cumpla con su prestación, recurriendo al aparato coactivo estatal si fuere necesario. Cuando el contrato es nulo —o así declarado— el juez en cambio, se abstendrá de hacer intervenir el aparato coactivo estatal para forzar el cumplimiento y, a todo evento, actuará para que la que recibió alguna prestación bajo ese esquema contractual restituya lo recibido. En estos contratos, las normas que disponen nulidades pueden ser vistas como dirigidas a los funcionarios judiciales para impedirles que hagan uso del aparato coactivo estatal para ejecutar una prestación contractual o para que exceptúen a una de las partes a cumplirla. Por consiguiente, “(S)i la nulidad es la negativa del Estado a prestar a los particulares un servicio público, el de la coacción estatal, para hacer valer un contrato; ampliar las causales de nulidad implica una retracción de ese servicio público, supone que el Estado interviene en menos casos al exigir más condiciones para intervenir.”¹⁹ Esta función de la nulidad obedece a razones de política económica.²⁰

¹⁸ Sobre la distinción entre norma y sanción: ALCHOURRÓN - BULYGIN: «Definiciones y normas» *op. cit.* p. 439 y ss.; H.L.A. HART, *El concepto de derecho* (trad. de G. CARRIO, Abeledo Perrot) p. 34 y ss.

¹⁹ C. S. NINO, *op. cit.* p. 206 y ss.

²⁰ Las que son expuestas por C. S. NINO, «La nulidad jurídica y el papel de la teoría general del derecho» en *La validez del derecho* (Astrea – 1985), p. 198 y ss.

Esta conclusión resulta empero, difícil de trasladar al Derecho de las sociedades y quizá un principio de respuesta puede encontrarse en las observaciones arriba expuestas. En las sociedades, al declarar la validez de un acto de un órgano societario, el Estado se está absteniendo de intervenir en el esquema de autorregulación que contiene la sociedad. En cambio, se introduce, al declararlo inválido. Por consiguiente, en el contrato de sociedad la nulidad cumple un rol diferente.²¹ A partir del hecho de que en el contrato se instituyen reglas potestativas, la consecuencia necesaria es que puedan ser calificados nulos los actos cumplidos por quienes ejerzan la competencia asignada por aquellas. En ese ámbito, la controversia acerca de la validez o nulidad es eminentemente una discusión conceptual acerca de si un determinado acto de habla constituye o no un acto válido derivado del autorizado ejercicio de las normas de competencia que se instituyeron al celebrarse el contrato de sociedad.²² Y si se recurre al Poder Judicial, es con el fin de dirimir con una resolución autoritativa, si lo que hizo cierta persona en ejercicio de la competencia que le confieren ciertas normas del contrato de sociedad, constituye o no, un acto válido.

En razón de la clase de reglas que conforman el contrato de sociedad, durante su ejecución se suele generar una íntima interrelación concatenada de los actos que son resultado del ejercicio de esas normas de competencia. Por ello, al declararse la nulidad de uno de ellos, se produce un quiebre de esa cadena que pone en crisis a todos los actos subsecuentes los que, como consecuencia de la nulidad de aquel, puede pretenderse que sean anulados también. Aunque ello puede ser visto como una controversia eminentemente conceptual, puede tornarse muy nocivo y poner en juego la pervivencia de toda la sociedad.²³

Respecto de las decisiones del directorio, ha habido una intensa y profunda controversia en la doctrina con reflejo en la jurisprudencia, acerca de la posibilidad de que sean impugnadas en su validez a requerimiento de un tercero ajeno a los miembros integrantes del órgano. Una parte importante y destacada de la doctrina ha sostenido la procedencia de esa acción con fundamentos atendibles tal como que constituye un acto jurídico y por ende alcanzado por las reglas generales acerca de la nulidad²⁴; otra parte ha sostenido que la acción es improcedente y que el accionista cuenta con el paliativo de

²¹ Y en el contrato de sociedad, un rol al de la nulidad en los contratos de cambio, ejerce la irregularidad, con la circunstancia agravante de que el Estado se abstiene de intervenir salvo —en las sociedades irregulares— para tutelar la infracción de uno de los socios al compromiso de que la sociedad perviva por un lapso determinado previsto en el contrato (LSC: Art. 22, 2º párrafo).

²² Concretamente, si un conjunto de palabras proferidas por una o un conjunto de personas en una ocasión y lugar determinado, constituye o no, una resolución de la asamblea o del directorio.

²³ Basta recordar lo vivido en nuestro país en los últimos años en el conflicto entre el poder judicial y el ejecutivo e incluso el legislativo, acerca de la pesificación y reprogramación de los depósitos bancarios. La situación es comparable a la que hace alusión H.L.A. Hart (*op. cit.* p. ***) al conflicto entre el Poder Judicial y el Gobierno en Sudáfrica, el cual concluyó porque uno de los poderes cedió en la disputa. De haberse profundizado se hubiera producido un cisma en el sistema jurídico o el nacimiento de dos sistemas jurídicos separados.

²⁴ I. HALPERÍN, *Sociedades anónimas* (Depalma, 1974) p. 438.

la acción social de responsabilidad.²⁵ La disputa es irresoluble y no es cometido de este estudio brindar una posición que tercie en esa disputa. De todos modos, a partir de lo expuesto, es posible extraer algunas conclusiones fértiles.

Una distinción nítida de las competencias de administración, representación y de gobierno, con independencia del sujeto que las ejerza,²⁶ será útil para advertir que difícilmente tenga sentido atacar la validez de una resolución del directorio en ejercicio de la esfera propia de competencia, porque la misma tiene efectos únicamente para los directores y carece de efectos operativos. Distintos son los casos en los que el o los directores ejercen competencias que normalmente le competen al órgano de gobierno y que pueden tener efecto directo sobre el patrimonio de los accionistas²⁷, o en los casos en que se pretende atacar un acto que si bien constituye la ejecución de una resolución del directorio, la validez jurídica no es heredada de ésta, sino que se apoya únicamente en el hecho de provenir de una persona con autoridad para ejecutarlo (presidente del directorio, gerente, apoderado o empleado) y de encontrarse dentro de la competencia del órgano de administración (LSC: Art 58). En este caso se discute la validez del acto de esa autoridad, dado que ella no necesita de la resolución del directorio para ejecutarla, lo que queda mostrado con el hecho de que la declaración de nulidad de la resolución del directorio no implica la nulidad del acto de ejecución de aquella.

Como fuera dicho, mientras un sector de la doctrina sostiene que este tipo de conflictos deben dirimirse dentro del ámbito de la acción social de responsabilidad, otro sostiene que resulta insuficiente y por ello postulan la procedencia de la acción de nulidad de la resolución del directorio. Cabe advertir que toda acción de responsabilidad de lo hecho por los directores presupone la invalidez de las decisiones adoptadas, como menos en lo sustancial o por el contenido de lo resuelto. La invalidez de una o varias resoluciones constituirán la nota de antijuridicidad que es un elemento de la responsabilidad civil (C.C.: 1067). Segundo, el resarcimiento de los daños causados a la sociedad (o al accionista si la acción es la individual) debe consistir primero “*en la reposición de las cosas a su estado anterior...*” (C.C. Art 1083). Estas dos notas muestran que no es tanta la diferencia entre una acción y otra.

La tesis de la nulidad podría insistir en la dificultad que para el accionista presenta el agotamiento del procedimiento interno para que se inste la acción judicial. Y en esto creo que la tesis de la acción de responsabilidad tiene un argumento a favor. La razón no se afina en el hecho de que el legislador no haya previsto expresamente que la

²⁵ V. VERÓN, «Nulidades societarias. Sistema de voto acumulativo. Protección de abusos de mayorías y minorías» en *LL 1987-B* p. 334.

²⁶ Y porque el director puede ser competente para actuar en las tres esferas. Postulo dar más primacía conceptual a la competencia que al sujeto que la ejerza.

²⁷ Como aconteció en *Kraft Ltda. Guillermo S.A. c/ Motormecánica S.A.I.C.* (CNCom., sala B, 24/9/1980; *LL 1982-A*, p. 83 y ss. fallo N° 80.376) en la que se declaró la nulidad de la resolución del directorio de la demandada con la cual —en ejercicio de una competencia delegada por la asamblea— se ordenó una emisión de acciones causando una sensible disminución en la participación accionaria de la actora.

nulidad de las resoluciones del directorio, porque es cierto que en materia de nulidades rige en forma supletoria el régimen general del Código civil que reconoce la nulidad virtual. El punto es que el accionista que promueve una acción de nulidad de la resolución del directorio está invocando una legitimación mayor que la propia al interés personal y ésta sí es una circunstancia excepcionalísima que sólo puede admitirse en la medida que haya una norma expresa que la autorice. El accionista no está ejerciendo meramente una potestad, en ejercicio de la capacidad que el derecho le confiere. Al afectar con la acción que postula intereses ajenos además del suyo propio, ejerce una competencia y esta clase de potestad requiere una norma expresa que se la conceda.

En segundo lugar, el procedimiento que se impone para el ejercicio, que por cierto puede tornarse tortuoso y provocar desánimo, tiene como propósito reunir el grado de consenso suficiente entre los afectados para que se justifique la promoción de esa acción.

¿Y por qué sí puede el accionista impugnar directamente la asamblea y no la resolución del directorio? La diferencia estriba en que en aquella el accionista es partícipe directo de los efectos de la resolución, aun cuando el mismo sea un acto corporativo y con efectos internos. El accionista constituye el otro con quien se contrapone el órgano. Por lo que, no obstante que esté ejerciendo una legitimación más amplia que la propia, resulta por ello atendible, por formar parte del órgano, por tener la capacidad de ser partícipe de la decisión. Ello no acontece entre el accionista y el directorio.

5. CONCLUSIÓN.

Es un riesgo derivado de la asignación de competencias a un tercero, que éste las ejerza desviándose de los fines por los cuales se le otorgó esa potestad. El ejercicio de una competencia constituye un modo por el cual un agente con su decisión puede transferir recursos entre diversos agentes sin que éstos participen en la decisión. Todo ello se traslada al contrato de sociedad. Las posibilidades pasan por no otorgar la competencia que implica prácticamente no celebrar el contrato de sociedad, o modificar el mecanismo de decisión por la regla de unanimidad. Mas esta última alternativa trae aparejado el poder de veto que se confiere a cualquiera de los que participan en la decisión.

El riesgo de un comportamiento desleal *ex post* —durante la ejecución del contrato— por cualquiera de los órganos, es un coste clave en el contrato de sociedad, en la medida que el mismo constituye un esquema articulado de reglas de competencia.²⁸ Y es un coste que en algún modo forma parte del riesgo asumido por los socios al constituir la sociedad. Desde ya que se cuentan con alternativas para diseñar o adoptar al momento de celebrar el contrato, y así reducir en algún grado ese riesgo. También constituye una razón que deberá tomar en cuenta el legislador a la hora de diseñar las

²⁸ En lo que sigue, J. ALFARO ÁGUILA REAL

reglas que regirán al contrato. En esta labor es importante tomar en cuenta que cada técnica o mecanismo puede por sí solo ser suficiente para evitar que se susciten los mencionados riesgos. Así puede suceder que la relación de confianza que media entre los socios fundadores los lleve a desestimar todo esfuerzo de diseñar reglas para evitar riesgos, o incluso de la posibilidad de recurrir al poder judicial para resolver las eventuales controversias. Esto último acontece con las sociedades de hecho, que constituyen esquemas contractuales valiosos desde el punto de vista económico dado el casi nulo costo de transacción y el magro gasto público al no demandar tutela jurisdiccional. Por otro lado, en las sociedades que cotizan en bolsa, la ágil posibilidad de salir de la sociedad mediante la venta de las acciones puede constituir un disuasivo por sí solo suficiente para aquellos que ejerzan una competencia no actúen en perjuicio de aquellos por quienes deben actuar.

Por todo ello, no debe verse a la acción judicial como el único remedio que tutelen los derechos de aquellos que no participan en la decisión. Debe tomarse en cuenta además, que las acciones judiciales pueden ser utilizadas por oportunistas con propósitos diferentes a los tenidos en mira al fijarlas (como por ejemplo, un mecanismo de posicionamiento para salirse de la sociedad). Si bien las costas puede a veces constituirse en un disuasivo para evitar ese tipo de conductas, no es así en la medida que la imposición y magnitud no estén correlacionadas con esa función preventiva si las mismas son fijadas con fundamento en otras circunstancias, como acontece en nuestro derecho.²⁹

En ciertos casos, la acción de nulidad puede conducir a situaciones inconvenientes en término de mercado. A partir de un análisis de J. ALFARO ÁGUILA REAL acerca del interés social, la acción de nulidad —que él denomina regla de propiedad— resulta un remedio idóneo en aquellos casos en los que la mayoría expropia a la minoría en exclusivo beneficio de aquella o de un tercero. En cambio, resulta mejor la acción de responsabilidad —que él denomina regla de responsabilidad— en aquellos casos en los que aun persiguiéndose un interés ajeno al estrictamente social, los mayores beneficios de esa decisión justifican mantenerla, concediendo a la minoría una compensación económica adecuada. La cuestión entonces, es determinar el criterio que distingue el alcance de una y otra acción. En ese sentido el invocado autor sostiene que la regla de propiedad debe prevalecer en todos aquellos supuestos en los que la decisión de la mayoría sólo implica una *mera* transferencia de recursos propiedad de la minoría en beneficio de

²⁹ Y nada más aleccionador en ese sentido que lo que acontece con las acciones judiciales societarias, las que por un lado irrogan importantes costos en la administración de justicia y por su mero trámite son perjudiciales para las sociedades y sin embargo los honorarios y tasa de justicia se fijan sobre la base de monto indeterminado, al menos en la Provincia de Buenos Aires y en la Capital Federal. Al respecto: L. VERECK («El derecho procesal» en *Elementos de análisis económico del derecho* – comp. H. SPECTOR, p. 172/3):“(…) la evaluación de los esquemas de asignación de costos del juicio no puede hacerse meramente sobre la base del principio de equidad. Deben tenerse en cuenta también, los incentivos y las externalidades. Al considerar un cambio en el sistema de asignación de costos, debemos darnos cuenta de que el esquema de distribución tiene una gran influencia sobre la cantidad de juicios.”

la mayoría o un tercero. En cambio, la regla de responsabilidad debe desplazar a la de propiedad, cuando la decisión controvertida es eficiente porque aumenta la riqueza global y los beneficios globales son mayores que los perjuicios causados a la minoría. Esta clase de decisiones debe protegerse en la medida que se compense debidamente a la minoría de los daños que causa la decisión y ello no acontece cuando se concede indiscriminadamente la acción de nulidad en todos aquellos casos en los que quien la promueva se vea lesionado en sus derechos como socio.

6. ANTEPROYECTO DE REFORMAS A LA LSC.

El anteproyecto de reformas a la LSC postula un cambio de la situación normativa actual con relación a los dos aspectos analizados. Respecto del acceso a las actas del directorio, se adopta una posición intermedia en cuanto a que se restringe el acceso en las sociedades anónimas que no opten por prescindir del consejo de vigilancia o sindicatura. Seguidamente se regula el requerimiento por un juez civil y en tal sentido resulta interesante notar que previamente el juez deberá requerir a la sociedad que informe sobre el contenido de lo resuelto por el directorio y sólo en caso de que el informe no sea adecuado, por resolución fundada, podrá exigir la exhibición del acta. Por lo que, en términos generales se adopta un criterio restrictivo aunque no con el alcance expuesto en este trabajo.³⁰

También se regula la impugnación de las resoluciones del directorio proponiéndose conferir legitimación a los accionistas y fijándoseles como único fundamento, que la resolución haya sido lesiva a sus derechos. Se propone establecer un plazo de prescripción de tres años que correrá desde la fecha de celebración de la reunión a impugnarse. Sin embargo también se dice que el plazo “*curso desde que se conoció la decisión*” lo que presenta cierta contradicción que deberá ser subsanada.³¹ Es muy posible que en los autores haya estado en mira adoptar un texto similar al de la Ley de Sociedades Anónimas española en la que el accionista debe promover la acción de impugnación dentro de los treinta días de tomar conocimiento de la resolución, pero contando un plazo máximo de un año de que la misma ha sido dictada.³²

³⁰ Art. 260, 7º párrafo: “*Exhibición de actas. A salvo lo dispuesto por los últimos párrafos de los artículos 55 y 284, ni los accionistas ni los terceros tienen derecho a la exhibición del libro de actas del directorio. En las causas civiles y al margen de las normas aplicables en los concursos y quiebras, el juez no podrá disponerla sino fundadamente y con carácter restrictivo cuando el directorio, el síndico o el consejo de vigilancia no informen adecuadamente sobre las cuestiones que se les requiera*”.

³¹ “*Impugnación. Las resoluciones adoptadas sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 260 y los de convocatoria fijados en el párrafo anterior, son impugnables ante la próxima asamblea que se celebre por los directores que hayan dejado constancia escrita de su protesta, los ausentes, los miembros del consejo de vigilancia y los síndicos, a los fines del artículo 275. Son judicialmente impugnables por los socios las resoluciones del directorio que sean lesivas de sus derechos. El plazo curso en este caso desde que conoció la resolución, pero prescribe transcurridos tres (3) años desde su fecha.*”

³² Art. 143.

Por consiguiente, el anteproyecto postula un criterio amplio en materia de impugnación de las resoluciones del directorio. En este tipo de cuestiones que han sido tan controvertidas por la doctrina, constituye un avance adoptar expresamente una solución. Quizá sería conveniente dejar abierta la posibilidad de que esta legitimación al accionista para impugnar la actuación del directorio pueda ser dejada sin efecto por cláusula expresa en el contrato constitutivo, siendo plenamente operativa en caso de silencio en el contrato. De este modo se dejaría en manos de los fundadores de la sociedad la posibilidad de diseñar el mecanismo de acuerdo a las condiciones que ellos mismos consideren más conveniente, tomando en cuenta los demás mecanismos que jugarán en el caso para evitar que el órgano de administración ejerza su competencia adoptando decisiones oportunistas que importen una mera redistribución de recursos en perjuicio de quienes son ajenos a la decisión como suelen ser las minorías.